Die

Trennung von Tisch und Bett

nach den Bestimmungen des

Entwurfes

zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuche

im Zusammenhang mit dem

Kanonischen Recht

und dem

Bundesrecht

(Bundesgesetz vom 24. Dezember 1874).

Inauguraldissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Universität Freiburg

vorgelegt von

Lic.-jur. Carl Breitenbach,

Freiburg (Schweiz) 1908.

Luzern 1908

Buchdruckerei Räber & Cie.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545315_0003

31053

Die

Trennung von Tisch und Bett

nach den Bestimmungen des

Entwurfes

zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuche

im Zusammenhang mit dem

Kanonischen Recht

und dem

Bundesrecht

(Bundesgesetz vom 24. Dezember 1874).

Inauguraldissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Universität Freiburg

vorgelegt von

Lic.-jur. Carl Breitenbach,

Freiburg (Schweiz) 1908.

ACAD. LEGALBAT. BIBL.

Luzern 1908

Buchdruckerei Räber & Cie.

Inhaltsangabe.

Seite

Vorwort XI
Kurze geschichtliche Einleitung 13

I. Abschnitt.

Die Separation nach kanonischem Recht 21
Einleitung 21

I. Teil.

§ 1. Voraussetzungen der Separation und allgemeiner Teil . 23
I. Materielle und formelle Erfordernisse 23
II. Hauptarten der Separation und die damit zusammenhängenden Scheidungsgründe 24
Unterscheidung bezüglich der Dauer 25
A. Separatio perpetua 25
B. Separatio temporanea 26
III. Die Klage auf Separation 27
IV. Der Gerichtsstand 28
V. Das Urteil 29

II. Teil.

§ 2. Die Wirkungen des Urteils 30
Einleitung 30
1. Wirkungen des Urteils in Beziehung auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten 32
2. Wirkungen des Urteils in Beziehung auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten 34
3. Wirkungen des Urteils in Beziehung auf die Verhältnisse zu den Kindern 34

III. Teil.

§ 3. Das Verfahren 35
A. Das eigentliche Prozessverfahren 36
B. Verfahren in einzelnen Fällen 37
C. Beweisverfahren 37
1. Geständnis und Eid der Parteien 38
2. Zeugen 39
3. Andere Beweismittel 40

II. Abschnitt.

Die Scheidung von Tisch und Bett nach dem Bundesgesetz vom 1. Januar 1876 (24. Dezember 1874) 41

I. Teil.

§ 1. Voraussetzungen der Scheidung von Tisch und Bett und allgemeiner Teil 41
I. Materielle und formelle Erfordernisse 41
II. Dauer der Scheidung von Tisch und Bett 43
III. Die Klage 43
IV. Der Gerichtsstand 46
V. Das Urteil 49

II. Teil.

§ 2. Die Wirkungen des Urteils 49
I. Bundesrechtliche Folgen 49
II. Die kantonalen Folgen 51
1. Wirkungen auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten 53
2. Vermögensrechtliche Wirkungen 53
a. Vermögensauseinandersetzung 53
b. Einwirkung auf das Erbrecht 55
3. Regelung und Verfügung betreffend die Kinder . . . 55

III. Teil.

§ 3. Das Verfahren 56

III. Abschnitt.

Die Trennung der Ehe nach den Bestimmungen des Entwurfs zu einem schweizerischen Zivil-Gesetzbuch 58
Einleitung 58

I. Teil.

§ 1. Voraussetzungen der Trennung und allgemeiner Teil . . 59
I. Trennungsgründe 59
II. Dauer der Trennung 65
III. Die Klage 67
IV. Der Gerichtsstand 70
V. Das Urteil 72

II. Teil.

§ 2. Die Wirkungen des Trennungs-Urteils 74
Einleitung 74
A. Rechtsverhältnis während der Trennungszeit 77
1. Wirkungen des Trennungsurteils in Beziehung auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten 77

2. Wirkungen des Urteils in Beziehung auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten 79
a. Vermögensauseinandersetzung 79
b. Entschädigung 79
3. Regelung und Verfügung betreffend die Kinder . . . 81
Einleitung und allgemeine Grundsätze 81
I. Einwirkungen der Trennung auf die persönlichen Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern 81
a. Elterliche Gewalt 81
b. Kostenbeitrag für Erziehung und Unterhalt der Kinder 83
II. Einwirkungen der Trennung auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern . . 85
B. Das in Art. 155 des Entwurfes geregelte Verhältnis nach Ablauf der Trennungszeit und dessen Entwicklung seit dem Vorentwurf von 1900 86

III. Teil.

§ 3. Das Verfahren 112
Schluss 115

Quellen und Literatur.

I. Quellen.

1. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz, enthaltend das schweiz. Zivilgesetzbuch, vom 28. Mai 1904. (Entwurf.)

2. Bundesgesetz über das Privatrecht, I. und II. Teil: Personen- und Familienrecht. Für die Mitglieder der engeren Expertenkommission als Manuskript gedruckt.

3. Bundesgesetz über das Privatrecht, I. und II. Teil: Personen- und Familienrecht. Redaktion nach den Beschlüssen vom 23. August bis 12. September 1896. Für die Mitglieder der grösseren Kommission als Manuskript gedruckt.

4. Bundesgesetz über das Privatrecht, I. und II. Teil: Personen- und Familienrecht. (Vorentwurf.) 1896.

5. Vorentwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartements. 1900.

6. Protokolle der Expertenkommissionsberatungen vom 18., 19., 25. und 26. Oktober 1901, Luzern.

7. Amtliches stenographisches Bulletin der schweiz. Bundesversammlung. Juni 1905.

8. Amtliches stenographisches Bulletin. September-Oktober 1905.

9. Bundesbeschluss, betreffend die internationalen Uebereinkünfte zur Regelung des Geltungsbereiches der Gesetze auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett, vom 16. Juni 1905. In Kraft seit 15. September 1905.

10. Wolf P.: Schweiz. Bundesgesetzgebung. Basel 1890/91.

11. Bundesgesetz, betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe, vom 24. Dezember 1874.

12. Zürich: Privatrechtliches Gesetzbuch von Dr. A. Schneider.

13. Luzern: Gesetz über die eheliche Vormundschaft vom 16. März 1880.

14. Uri: Vollziehungsverordnung zum B.G. vom 1. Dezember 1875.

15. Schwyz: Vollziehungsverordnung zum B. G. vom 3. Dezember 1875.

16. Nidwalden: Vollziehungsverordnung zum B.G. vom 9. November 1875.

17. Obwalden: Gesetz über die Ehescheidung vom 30. April 1876.

18. Glarus: „Landbuch".

19. Freiburg: Loi sur le mariage civil etc. vom 27. November 1875.

20. Baselstadt: Gesetz betreffend das eheliche Güterrecht, vom 10. März 1884.

21. Schaffhausen: Privatrechtliches Gesetzbuch. 1863.

22. Appenzell A.-Rh.: Gesetz über das Familienrecht. 1883.

23. Appenzell I.-Rh.: Ausführungsgesetz vom 6. April 1876.

24. St. Gallen: Gesetz betreffend das Verfahren in Ehestreitsachen und die Folgen der Ehescheidung, vom 27. November 1878.

25. Graubünden: Privatrecht.

26. Thurgau: Privatrechtliches Gesetzbuch. 1885.

27. Tessin: Code civile. 1882.

28. Waadt: Code civile. 1853.

29. Wallis: Code civile. 1853.

30. Neuenburg: Code civile. 1853.

31. Genf: Loi sur le mariage etc. 1880.

32. Decretum gratiani: Causa 28 qu. 7; causa 32 qu. 1, 6, 7; causa 33 qu. 1 et 2. Decretales Gregorii IX: Lib. IV, tit. 19 de divortiis; lib. 2, tit. 13 de restit. spol. cap. 8 et 13; lib. 4, tit. 13 de eo, qui cogn. cap. 6.

33. Canones et decreta sacros. oecumenici et generalis concilii Tridentini.

II. Gerichtsentscheidungen.

Amtliche Sammlung der Entscheide des schweiz. Bundesgerichts seit dem Jahre 1875 bis heute.

III. Literatur.

1. Huber: Erläuterungen zum Vorentwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartements. 1902.

2. Barazetti: Der Vorentwurf zum I. und II. Teil des schweiz. Zivilgesetzbuches. Bern 1908.

3. Willwoll: Die Nebenfolgen der Ehescheidung nach schweiz. Recht . . . (Dissert.) Rorschach 1902.

4. Kind und Burkhardt: Der Schutz, den die staatliche Gesetzgebung der Ehe und Familie als christlicher Lebensordnung zu gewähren hat unter spezieller Berücksichtigung der neuesten eidg. Gesetzentwürfe. Glarus 1900.

5. Zusammenstellung der Anträge und Anregungen zum Vorentwurf vom 15. November 1900.

6. G. König: Abänderung einiger Bestimmungen des B.G. vom 24. Dezember 1874 betreffend Ehescheidung. Bern 1888.

7. Huber: System und Geschichte des schweiz. Privatrechts. Bd. I. Basel 1886.

8. Martin: Commentaire de la loi fédérale concernant l'état civil et le mariage. Genf 1897.

9. Dr. v. Salis: Ehescheidungs- und Ehenichtigkeitssachen von Ausländern in der Schweiz.

10. Archiv für katholisches Kirchenrecht. Jahrg. 1857 bis 1908. Im Verein mit Gelehrten herausgegeben von E. v. Moy de Sous und H. Vering.

11. Scherer: Handbuch des Kirchenrechts. II. Bd. Graz 1898.

12. Freisen: Geschichte des kanonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur.

13. M. Leitner: Lehrbuch des katholischen Eherechts. Paderborn 1902.

14. Fr. Heiner: Grundriss des katholischen Eherechts. 5. Auflage. 1905.

15. Schnitzer: Katholisches Eherecht. Freiburg i. B. 1898.

16. Schulte: Handbuch des katholischen Eherechts. Giessen 1855.

17. Kutschker: Das Eherecht der katholischen Kirche nach seiner Theorie und Praxis. Wien 1856.

18. J. Fahrner: Geschichte der Ehescheidungen im kanonischen Recht. I. Teil: Geschichte des Unauflöslichkeitsprinzips.

Weitere Literatur findet sich in den Anmerkungen angegeben.

Abkürzungen.

B. G. = Bundesgesetz.
B. R. = Bundesrecht.
B. Ger. = Bundesgericht.
B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
B. E. = Bundesgerichtliche Entscheide.
C. c. = Code civile (français).

Vorwort.

Im folgenden wird das kanonische Recht, geltende Bundesrecht und der Entwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch behandelt.

Wir bemerken jedoch, dass es sich hier nicht um eine eigentliche Vergleichung der verschiedenen Rechte handelt, sondern unser Hauptzweck ist zunächst, das Institut der Trennung und seine Entwicklung in den Bestimmungen des Entwurfes kennen zu lernen. Die beiden andern Rechte sind nur herbeigezogen zum bessern Verständnis des Entwurfes. Sie sind ja die Quelle, aus denen er schöpft; sie bilden auch die verkörperten Gegensätze, die sich in der Entwicklung des Entwurfes bemerkbar machen und die er teilweise ausgleichen oder vermitteln will. Nur dann wird die Entwicklung des Entwurfes in der Ehescheidungsfrage vollkommen verständlich, wenn wir seinen Zusammenhang mit dem kanonischen und geltenden Rechte kennen.

Aus dieser Voraussetzung ergibt sich auch die Konsequenz, dass eine ausführliche Darstellung weder des kanonischen noch des geltenden Rechtes notwendig ist — wenigstens nicht in allen Teilen. Es sollen vielmehr

diese beiden Rechte nur soweit behandelt werden, als sie den oben genannten Zweck zu erfüllen haben.

Soweit als möglich wird bei allen 3 Rechten die gleiche Einteilung angenommen, damit die allgemeine Uebersicht dadurch erleichtert werde und etwaige Vergleichsmomente besser hervortreten.

Kurze geschichtliche Einleitung.

Im Anschluss an die hl. Schrift haben die Kirchenväter in vorkonstantinischer Zeit ausnahmslos das Verbot der Ehescheidung betont; ohne von diesem grundsätzlichen Standpunkt abzuweichen, glaubten nach dem Zeugnis des Origines einige Kirchenvorsteher „im Gegensatz zur Schrift", zuweilen „Duldung" zu üben, um Schlimmeres zu verhüten. In der nachkonstantinischen Zeit liess bei dem laxen Ehescheidungswesen des kaiserlichen Rechts die Durchführung des Unauflöslichkeitsprinzips viel zu wünschen übrig; besonders nachsichtig war die Praxis der Orientalen. Der von der römischen Kirche ausgehende reformatorische Geist erwies sich aber nach und nach so wirksam, dass die Kanonisten des 12. Jahrhunderts den in der Theorie und Praxis anerkannten Grundsatz der absoluten Untrennbarkeit der christlichen Ehe, wofern sie durch copula konsumiert war, als bereits erworbene Errungenschaft aus den italienischen und französischen Kirchenrechts-Sammlungen in ihre eigenen Werke aufnehmen konnten.[1])

Die Ehe ward nach kirchlicher Lehre durch Christus zu einem Sakrament erhoben und eine Scheidung zu Lebzeiten war nicht zugelassen; nur der Tod eines Ehegatten löste das eheliche Band und machte den andern frei.[2])

---

[1]) J. Fahrner, Geschichte der Ehescheidung im kanonischen Recht; I. Teil: Geschichte des Unauflöslichkeitsprinzips. S. 16—135.

[2]) Eine Ausnahme macht das matrimonium ratum, sed non consumatum. In diesem Falle kann die Ehe dem Bande nach gelöst werden und zwar entweder durch päpstliche Dispensation oder durch Ablegung des feierlichen Ordensgelübdes. — Eine

Doch konnte eine zeitliche oder auch dauernde Trennung von Tisch und Bett (separatio quoad mensam et torum; auch Scheidung von Tisch und Bett, unvollkommene Scheidung, divortium imperfectum genannt), unter gewissen Umständen erreicht werden.[3])

Das kanonische Recht war bis zur Reformationszeit in Sachen des persönlichen Eherechtes allgemein als massgebend anerkannt.

In diese Zeit der allgemeinen Herrschaft des kanonischen Rechtes fällt die juristische Ausgestaltung des Institutes der Trennung von Tisch und Bett.

Die religiöse Revolution und die auf sie folgende politische und soziale Umwälzung des 16. Jahrhunderts hatte naturgemäss das Institut der Ehe stark in Mitleidenschaft gezogen.[4])

Das Streben, eine gänzliche Scheidung der Ehe auch bei Lebzeiten der Ehegatten durchzuführen, gewann immer mehr an Boden und verschiedene Gesetzgebungen beschäftigten sich damit, bestimmte Scheidungsgründe aufzustellen, welche mit der Zeit immer zahlreicher und allgemeiner wurden. Insbesondere die reformierten Kantone, aber auch teilweise solche mit gemischter Konfession, entwickelten ein staatliches Ehescheidungsrecht. Und nachdem die individualistische Auffassung der Ehe für die Freiheit der Lösung des ehelichen Bandes um sich griff und damit die Abneigung gegen eine die Wiederverheiratung ausschliessende Separation sich immer mehr geltend machte, schwand natürlich auch das Bedürfnis, das dieser

---

bereits konsumierte Ehe ist nur in einem Falle auflösbar; wenn nämlich von zwei nichtchristlichen Gatten ein Teil zum Christentum sich bekehrt, der andere aber die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft sine contumelia creatoris verweigert. (Paulinisches Privileg; cfr. 1. Cor. 7, 12 ff.) — Wernz: In Zeitschrift für kathol. Theol. 1892. S. 158. — Tarquini: Im Archiv für kathol. Kirchenrecht. Bd. 50. S. 224 ff. — J. Fahrner: a. a. O. S. 146.

[3]) Betr. die weiteren diesbezüglichen Ausführungen verweisen wir auf den folgenden Abschnitt I.

[4]) J. Fahrner: a. a. O. I. S. 225.

neueren Richtung widerstrebende Institut der Trennung von Tisch und Bett unter Aufrechterhaltung des ehelichen Bandes beizubehalten, resp. weiter auszubilden.

Erst am Ende des 18. Jahrhunderts, als die Idee der Rechtseinheit mit neuer Kraft wiedererwachte, wurde in erster Linie eine einheitliche Regelung auf dem Gebiete des Ehe- und Ehescheidungsrechtes in Angriff genommen.

Dieser erste Entwurf, welcher sich im eidgenössischen Archiv befindet unter dem Titel: „Schriften bis zur Abfassung eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches aufzubewahren“[5]) (Periode von 1798—1801), behandelt die Ehescheidung in den §§ 150—192, enthält jedoch keine ausgesprochene Regelung einer provisorischen Trennung von Tisch und Bett; verschiedene Paragraphen aber enthalten deutliche Bestimmungen über zeitliche provisorische Trennung der Ehegatten, über Güterrechtsverhältnisse und Elternrechte während dieser Zeit etc., welche dem Institut der Trennung von Tisch und Bett im jetzt geltenden Rechte gleichkommen.

Art. 157 dieses Entwurfes bestimmt, dass der Familienrat nach Anhörung der Parteien oder ihrer Vertreter, sich alle Mühe geben soll, eine Versöhnung herbeizuführen. Findet diese nicht statt, so wird die Zusammenkunft (des Familienrates) auf 4 Monate verschoben. Ist nach dieser Frist eine Vereinigung nicht erfolgt, so findet eine neue Versammlung statt, wieder zum Zwecke, die Ehegatten auszusöhnen. Mangelt auch diesmal der Erfolg, so wird zur Verhandlung geschritten und Protokoll aufgenommen. Doch folgt auch jetzt noch kein definitiver Scheidungsspruch; das Protokoll bleibt vielmehr 6 Monate lang beim Schreiber des Friedensrichters in Verwahrung. (§ 161.)

„Nach Verfluss dieser 6 Monate wird der klagende Teil der Eheleute den andern vor das Distriktsgericht vor-

---

[5]) Protokoll vom 9. Herbstmonat 1801.

laden lassen, um da die Ehescheidung aussprechen zu hören.“ (§ 162.)

Aus diesen Bestimmungen geht hervor, dass unter keinen Umständen eine definitive Scheidung erfolgen konnte ohne vorausgehende, mindestens 10 Monate dauernde provisorische Trennung.

Die Rechtswirkungen einer solchen Trennung lassen sich nach folgenden Regeln bestimmen:

Der Familienrat entscheidet in der ersten Sitzung, welchem der Ehegatten die gemeinsamen Kinder während „des Verfahrens um die Ehescheidung“ sollen anvertraut werden. (Art. 170.) — Aus dem folgenden Art. 171 geht hervor, dass die Frau das Haus des Ehemannes während der Dauer des Scheidungsprozesses verlassen kann oder nicht. Im ersten Fall wird der Familienrat ihr eine Wohnung anweisen oder den von der Frau gewählten Aufenthalt gutheissen oder abändern.

Ferner fügt Art. 172 bei, dass, wenn die Frau nicht hinlängliche Einkünfte habe, um ihre Bedürfnisse „während dem Verfahren um die Ehescheidung“ zu bestreiten, der Familienrat ihr eine, den Vermögensumständen des Mannes angemessene Unterstützung an Nahrungsmitteln gewähren müsse; doch ist der Mann nur insoweit gehalten, ihr diesen „Gehalt“ zu geben, insofern sie sich rechtfertigen wird, in demjenigen Hause gewohnt zu haben, welches ihr der Familienrat angewiesen hat.

Diese Trennung, welche ohne Zweifel den gleichen Zweck verfolgt, den auch der Entwurf (von 1904) und das geltende Bundesrecht im Auge hat, nämlich den scheidungsbegehrenden Ehegatten Zeit zu reiflicher Ueberlegung und eventueller Aussöhnung zu bieten, unterscheidet sich von der Trennung von Tisch und Bett als speziellem Rechtsinstitut des später zu behandelnden Bundesgesetzes und Entwurfes dadurch, dass sie eine unbedingte, der definitiven Scheidung stets vorausgehende Massregel ist, welche nicht durch richterliches Urteil erst festgesetzt wird.

Heute, nach 100 Jahren erst kommt man dazu, jene historische Episode der Helvetik, welche Meili eine „staatsrechtliche Galoppade“ nennt, „die nicht zum Ziele führen konnte“, wieder aufzugreifen und mit Bedacht zur Ausführung zu bringen. Ständerat Hoffmann nennt jene Fragmente des Entwurfes von 1798 das „Samenkorn, aus dem nach mehr als 100 Jahren der Bau der Rechtseinheit gewachsen ist, der Rechtseinheit, die nunmehr ihrer Verwirklichung entgegengeführt werden soll.“[6]) — „Die Weltgeschichte hat die nötige Zeit zu ihrer Disposition und mit Bedacht und ganz allmählich führt jetzt die Schweiz jene Gedanken aus, die in der Zeit der Ueberstürzung mit frischem Mute ausgesprochen wurden.“[7])

Dem Bundesgesetz vom 24. Dezember 1874 betr. Zivilstand und die Ehe gingen einige Konkordate voraus, durch welche die Mehrzahl der Kantone Fragen über Ehe und Ehescheidung regelten, speziell soweit diese Bestimmungen Anwendung fanden auf die Verhältnisse von Angehörigen verschiedener Kantone. Ein Konkordat vom 6. Juli 1821 (Offiz. Sammlung II, Nr. 22) stellte als forum „in Fällen von gänzlicher Scheidung oder zeitlicher Trennung zwischen schweizerischen Niedergelassenen“ die heimatliche Behörde als Gerichtsstand auf. — Im übrigen war die Regelung sehr mannigfaltig und vielfach von konfessionellen Rücksichten geleitet, so dass in vorwiegend katholischen Landesteilen die Scheidung überhaupt nicht zugelassen wurde, — also das reine kanonische Recht beibehalten war. — Gemischte Kantone liessen die Trennung nur für Katholiken zu, andere wieder kannten die Trennung überhaupt nur als vorläufige Massregel.

Mit Einführung des bereits erwähnten Bundesgesetzes vom 24. Dezember 1874[8]) sind auf dem Gebiete der

---

[6]) Siehe amtl. stenogr. Bulletin der schweiz. Bundesversammlung. Jahrg. XV. 1905. S. 899.

[7]) F. Meili: Die Vereinheitlichung des schweiz. Privatrechts.

[8]) In Kraft seit 1. Januar 1876.

Scheidung von Tisch und Bett wesentliche Veränderungen eingetreten.

Durch Volksabstimmung vom 23. Mai 1875 wurde dieses Gesetz mit einem Mehr von nur rund 8000 Stimmen nach heissem Kampfe, hervorgerufen durch die Spannung zweier sich diametral gegenüberstehenden Weltanschauungen angenommen.[9]) — Geboren in einer Sturm- und Drangperiode, in einer Zeit leidenschaftlicher Erregung der Geister, welche ihm ihren Charakter aufprägten, war es schon von Anfang an nicht geeignet, eine gedeihliche, befriedigende Lösung der Ehescheidungsfrage herbeizuführen. Eine Sturmflut von Broschüren und Schriften zog daher alsbald mit bitteren Beschwerden und Klagen gegen dasselbe, namentlich als die schlimmen Folgen, welche das neue Scheidungsgesetz mit sich brachte, deutlich genug in den sich stets steigernden Ehescheidungsziffern zum Ausdruck kamen.[10]) — Am 25. März des Jahres 1887 stellten denn auch Moriaud und Schmid im Ständerat folgenden Abänderungsantrag: „Le conseil fédéral est invité à présenter après examen, un rapport sur la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu de modifier la loi du

---

[9]) Vergl. F. Buomberger: Die schweiz. Ehegesetzgebung im Lichte der Statistik. Freiburg 1901.

[10]) Ausser der in Anm. 7 genannten, machen wir noch auf einige andere solcher Schriften aufmerksam, welche sich scharf gegen das Bundesgesetz wenden:

a) Kind und Burkhardt: Der Schutz, den die staatliche Gesetzgebung der Ehe und Familie als christliche Lebensordnung zu gewähren hat. . . 1900.

b) Beilage zur Eingabe der Konferenz der evang. Kirchenbehörde der Schweiz an den Bundesrat vom 28. Juni 1887.

c) Vom eidg. statistischen Bureau: Scheidung und Nichtigkeitserklärung von Ehen in der Schweiz im Jahre 1880 bis 1898.

d) Dito. Die gerichtlichen Ehescheidungen in der Schweiz während der Jahre 1876 bis 1885 etc.

e) G. König: Abänderung einiger Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 24. Dezember 1874, betr. die Ehescheidung. Gutachten, dem eidg. Justiz- und Polizeidepartement erstattet. Bern 1888.

24 décembre 1874 sur l'état civil (la tenue des registres, qui s'y rapportent) et le mariage, en ce sens que, dans les cas prévus par les articles 45, 46 et 47 la séparation de corps puisse être prononcer par les tribunaux de leur propre chef ou à la demande des intéressés pour une durée limitée préalablement au divorce."

Es wurde alsdann auf Anordnung des eidgenössischen Justizdepartementes ein Gutachten in befürwortendem Sinne geschrieben, aber trotzdem blieb es beim Alten.[10]e.

Durch das Bundesgesetz war das Institut der Trennung von Tisch und Bett zur Karikatur herabgewürdigt, indem von demselben fast nichts mehr übrig blieb als der Name. Es ist auffällig, wie wenig dieses Institut zur Anwendung gebracht wurde.[11])

Nachdem durch Beschluss vom 21. Dezember 1898 das Gesetzgebungsrecht des Bundes auf das ganze Zivilrecht ausgedehnt wurde, war die Grundlage für den heutigen Entwurf gegeben.

Schon im Jahre 1896 war der erste vollständige Teilentwurf über das Personen- und Familienrecht ausgearbeitet, welcher im „Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes" vom Jahre 1900 unbedeutend verändert wiedererschien.[12]) — Dieser Vorentwurf wurde alsdann von einer Expertenkommission durchberaten und erfuhr durch dieselbe mehrfache we-

[11]) Es lauteten in den Jahren 1876 bis 1880 von sämtlichen Scheidungsurteilen nur 13% auf zeitweise Trennung von Tisch und Bett; dagegen 79% auf definitive Scheidung; auf die Jahre 1881 bis 1885 trifft es 10% auf Trennung, 81% auf Scheidung. In den folgenden Jahren sank die Trennungszahl auf 6% und in den Jahren 1904 und 1905 figuriert die Zahl der Trennungsurteile, wie wir dem statistischen Jahrbuch der Schweiz 1904 und 1905, S. 36 resp. 38, entnehmen können, nur mit 4,5% und 5,3%. Dabei ist noch zu bemerken, dass die Trennung vor den höhern Instanzen stets weniger Berücksichtigung gefunden hat.

[12]) Vergl. Uebersicht der Vorarbeiten zu dem Entwurfe eines Zivilgesetzbuches als Anhang im Vorentwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartements. Bern 1900.

sentliche Veränderungen.[13]) Die Materie der Ehescheidung ist behandelt in den Artikeln 159—181.

Gestützt auf die Kommissionsarbeiten und unter Berücksichtigung der inzwischen zahlreich eingelaufenen Eingaben an das Justizdepartement enstand ein neuer Entwurf mit Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 28. Mai 1904. — Derselbe hat die von der Experten-Kommission beschlossenen, teilweise durch die Redaktions-Kommission endgültig gefassten Abänderungen in sich aufgenommen, worauf wir gelegentlich aufmerksam machen werden.

Nachdem die Vorlage im Schosse der von den beiden Räten bestellten Kommissionen jeweils vorberaten, gelangte sie an die Räte selbst. — Der von uns hier besprochene Teil des Entwurfes ist bereits im Juni durch den Nationalrat und im Oktober 1905 durch den Ständerat mit einzelnen, teils wesentlichen, teils nur redaktionellen Abänderungen zum Beschluss erhoben worden.

Titel IV über die Ehescheidung (Art. 144—165) wurde vom Ständerat fast ausnahmslos in der Form des nationalrätlichen Beschlusses bestätigt. — Eine Abänderung erlitt Art. 147, welcher genauer präzisiert wurde und Art. 155, welcher, einem Antrage Scherers entsprechend, vom Ständerat wesentlich verändert adoptiert wurde.

---

[13]) Der von uns hier behandelte Teil wurde von der genannten Kommission Ende Oktober 1901 in Luzern durchberaten.

I. Abschnitt.

Die Separation (Trennung von Tisch und Bett) nach kanonischem Recht.

Einleitung.

Die Ehe ist nicht bloss eine private Angelegenheit der Kontrahenten, sondern zufolge der grossen Bedeutung, die ihr für die Oeffentlichkeit und das Gemeinwesen zukommt, etwas über das Privatinteresse weit hinausgehendes. In ihrem innersten Wesen ist es begründet, dass dieselbe als eine dauernde, über die blosse Willkür des Menschen hinausreichende Verbindung aufgefasst und behandelt werden will; denn nur dadurch können die von der Natur in sie gelegten grossen und erhabenen Aufgaben und Pflichten gelöst werden und bedeutet daher eine gänzliche Auflösung der Ehe ein Frevel gegen die Naturgesetze, eine Verletzung der heiligsten Pflichten der Ehegatten gegeneinander und gegen ihre Kinder. Das ist der Grundgedanke des kanonischen Rechtes. Bei der christlichen Ehe kommt noch die Weihe des Sakramentes hinzu.

Die Kirche bezeichnet als das Wesen der Ehe die Verbindung von Mann und Weib zu lebenslänglicher Gemeinschaft, die mit unbedingter Hingebung sich angehören und hierin ihre geistige und leibliche Einheit finden; sie betrachtet daher die Unauflöslichkeit der Ehe als Grundlage und Grundbedingung der christlichen Ehe und hat auch immer und unbedingt an dieser Unauflöslichkeit des Bandes (der Ehe) festgehalten.

Wir haben jedoch wohl zu unterscheiden zwischen Auflösung der Ehe dem Bande nach und Auflösung der ehelichen Gemeinschaft, auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, welch letztere darin besteht, dass die Geschiedenen nur der Pflicht des ehelichen Zusammenlebens enthoben werden, während im ersten Fall das Recht damit verbunden ist, zu einer zweiten Ehe zu schreiten.

Wenn schon die Kirche an der absoluten Unauflöslichkeit einer gültigen und konsumierten Ehe (matrimonium ratum et consummatum) festhält, so gewährt sie doch bei Eintritt gewisser wichtiger Gründe eine Trennung der Ehegatten.

Die Lehre der Kirche hat daher auch von jeher anerkannt, dass unter gewissen Voraussetzungen der schuldlose Eheteil berechtiget sei, die eheliche Gemeinschaft aufzuheben, ohne jedoch die Ehe dem Bande nach zu lösen.[14])

Diese unvollkommene Scheidung (divortium imperfectum; separatio quoad mensam et torum sive quoad cohabitationem; Trennung von Tisch und Bett oder auch nur Separation genannt) eingehender zu behandeln, ist im folgenden unsere Aufgabe.[15])

---

[14]) Das Konzil von Trient hat dies ausdrücklich ausgesprochen: «Si quis dixerit, ecclesiam errare, quam ob multas causas separationem inter conjuges quoad torum seu quoad cohabitationem ad certum incertumve tempus fieri posse decernit: a. sit. (Sess. XXIV can. 7 de sacram. matrimonii.)

[15]) Der kanonisch-rechtliche Ausdruck: separatio quoad mensam et torum wird im Deutschen mit «Scheidung» oder «Trennung von Tisch und Bett» wiedergegeben. Man ist jedoch gerne geneigt, unter Scheidung das divortium (die gänzliche Auflösung) der Ehe, wie es im zivilrechtlichen Sprachgebrauch der Fall ist, zu verstehen, was zu Missverständnissen Anlass geben könnte. Aus diesem Grunde werden wir es im kanonischen Rechte vermeiden, separatio mit Scheidung zu übersetzen. — Aber auch der andere Ausdruck: «Trennung von Tisch und Bett», erschöpft den Begriff der separatio nicht; deshalb werden wir grundsätzlich den Ausdruck «Separation» anwenden, als den zutreffendsten.

I. Teil.

§ 1. Voraussetzungen der Separation und allgemeiner Teil.

I. Materielle und formelle Erfordernisse.

Verschulden einerseits und ein der kirchlichen Gesetzgebung entsprechender Scheidungsgrund andererseits bilden materiell die rechtliche Grundlage für eine Separation. Wo das eine oder andere fehlt, ist eine solche unzulässig, es sei denn, dass, wie viele annehmen, unverschuldete ansteckende und ekelerregende Krankheiten den andern Ehegatten zur Scheidungsklage berechtigen. Liegt einer der gesetzlich normierten hinreichenden Gründe vor, welcher die Separation rechtfertigt, so muss, resp. kann dieselbe erfolgen, vorausgesetzt, dass das formelle Erfordernis, nämlich der Ausspruch des zuständigen kirchlichen Richters, welcher die Separation als zulässig erklärt, ebenfalls vorhanden ist.

Eine andere Art der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, geschehe sie eigenmächtig, ohne die Zustimmung des andern Ehegatten oder mit gegenseitiger Uebereinstimmung, ist von der Kirche strengstens verboten; denn die eheliche Lebensgemeinschaft ist die notwendige Vorbedingung zur Erfüllung der ehelichen Pflichten und darf daher nur in den vom Kirchengesetze bestimmten Fällen und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form aufgehoben werden.[16])

Nicht jede Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, welche ohne ausdrückliche Genehmigung des Ehegerichtes geschieht, ist aber gesetzwidrig. Man unterscheidet dementsprechend eine separatio ipso jure et per sententiam judicis. Es gibt Fälle, wo die Erlaubnis vorausgesetzt wird und wo ein Ehegatte nicht gebunden ist,

---

[16]) Vergl. auch Dworzak im Archiv für katholisches Kirchenrecht, Bd. XVIII, S. 3—33.

auf den richterlichen Spruch zu warten (z. B. Gefahr für das Seelenheil oder das Leben und die Gesundheit des Gatten, namentlich aber bei offenkundigem Ehebruch); er ist aber verpflichtet, unverzüglich dem Richter davon Anzeige zu machen und die Klage auf Separation einzureichen. — Bei einzelnen Scheidungsgründen macht die Kirche die Trennung der Ehegatten unter Umständen zur Pflicht, so z. B., wenn grosse Gefahr für das Seelenheil nicht anders abzuwenden ist als durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft; früher auch bei wiederholtem Ehebruch der Frau. — Im Allgemeinen gilt aber, dass eine eigenmächtige Trennung, auch bei Vorhandensein eines Scheidungsgrundes, rechtswidrig und unzulässig ist. Der verlassene oder verstossene Gatte kann Wiederherstellung des ehelichen Lebens verlangen, wobei allerdings der andere Teil das Verbrechen des Verstossenen als Einrede erfolgreich geltend machen kann.[17])

Der schuldige Ehegatte kann nur dann Restitution verlangen, wenn er zurzeit nicht mehr allein schuldig ist (compensatio). Im letzteren Falle und auch dann, wenn die Gründe des Urteils weggefallen sind, können die separierten Eheleuten von Amtswegen zur Wiedervereinigung angehalten werden.

Haben die Ehegatten sich einmal wiedervereinigt, so dürfen sie sich später nicht wieder eigenmächtig trennen.

II. Hauptarten der Separation und die damit zusammenhängenden Scheidungsgründe.

Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann sein eine separatio temporanea oder perpetua. Je nach dem Vorhandensein von Scheidungsgründen und dem Ermessen des Richters, wird die eine oder andere ausgesprochen werden.

---

[17]) *a)* c. 1 caus. 33 qu. 2. — *b)* Absque judicio ecclesiae ab ea (uxore) separari non potuit, quare ipsum ad eam recipiendam quae petit restitutionem ipsius, districte compellas (cap. 3 X, 4, 19). — *c)* Gratian ad c. 4 caus. 33, qu. 2; cap. 10 X, 2, 13 (Luc. III). —

Das Konzil von Trient, das sich mit der Frage der Ehescheidung eingehend beschäftigte, stellt keine namentlichen Gründe auf, aus welchen die Trennung erlaubt sei; dieselben ergeben sich aber aus Schrift und Ueberlieferung, sowie aus der kirchlichen Praxis. Immer aber bleibt die Anerkennung eines Scheidungsgrundes dem richterlichen Ermessen überlassen.

Unterscheidung bezüglich der Dauer.

A. Separatio perpetua.

Separatio perpetua ist die richterliche Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft für Lebenszeit.

Lebenslängliche Separation findet in der Regel nur statt bei Verletzung der ehelichen Treue[18]) und zwar nicht nur, wie im alten römischen Recht gegen die Frau, sondern mit gleicher Strenge gegen den Mann.

Der Ehebruch kann von einem Ehegatten nur dann als Scheidungsgrund geltend gemacht werden, wenn er selbst unschuldig ist oder die Untreue des schuldigen Mitgatten noch nicht verziehen hat.

Dem Ehebruch wurde bisweilen widernatürliche Unzucht gleichgestellt[19]); doch wurde diese Auffassung als unbegründet vielfach bestritten[20]); desgleichen legte man dem „geistigen Ehebruch" — dem Abfall vom Glauben die gleichen Folgen bei, wie dem eigentlichen Ehebruch, was jedoch aus den Quellen nicht mit Sicherheit geschlossen werden kann.

---

d) c. 6 X, 4, 19. — *e)* Can. 25. Concil. Agath. a. 506. — *f)* Vergl. auch Dworzak im Archiv für katholisches Kirchenrecht, Bd. XVIII, S. 3—33.

[18]) Lex divina prohibet virum uxorem dimittere, nisi causa fornicationis (c. 2 caus. 33, qu. 2 [Ambrosius]). Selbst bei Ehebruch darf die Ehe nicht dem Bande nach gelöst werden (c. 1, 2, 3, 8 u. Grat. ad 10 caus. 32, qu. 7). — Matrimonium separatur propter ad ulterium mulieris si vir postea fornicetur, redintegratur. (c. 5. X, 4, 19).

Vergl. auch R. v. Scherer: Handbuch des Kirchenrechts, Bd. II, S. 587.

[19]) c. 7. C 32, qu. 7 (Hieronymus).

[20]) Vergl. hierüber Scherer a. a. O. Bd. II, S. 587.

B. Separatio temporanea.

Eine logische Schlussfolgerung des kanonischen Rechtes aus dem Begriffe der Ehe als consortium omnis vitae ist die, dass kein anderer Grund zu lebenslänglicher Trennung der Ehe berechtigen kann, als nur der eine, der ihrem Prinzip und Wesen direkt zuwiderläuft — der Ehebruch. Nur er kann den schuldlosen Ehegatten von der Verpflichtung, das Gemeinleben unter allen Umständen fortzusetzen, entbinden.

Andere Ursachen, die geeignet sind, auf Leben, Gesundheit und Ehre des Mitgatten, daher auch auf das eheliche Leben, eine zerstörende Wirkung auszuüben, können zu zeitlicher Trennung Veranlassung geben.

Eine zeitweilige separatio a toro et mensa ist daher auch in mehreren Fällen zugelassen. Die zeitweilige Separation dauert solange, als die Gründe bestehen, wegen welchen sie ausgesrpochen wurde. Fallen diese weg, so hört sie von selbst auf. Sie kann daher auf bestimmte oder unbestimmte Zeit gehen.

Diese Scheidungsgründe lassen sich alle zusammenfassen unter dem Titel: Gefährdung der eigenen Person.

Im einzelnen sind es folgende:

1. Grobe Misshandlung und Nachstellung nach dem Leben.[21])

2. Böswilliges Verlassen (affectata absentia).[22])

Der Gatte, der böswillig vom andern verlassen wurde, kann Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft verlangen, und zwar für solange, als bis der feste Wille des Schuldigen, seinen ehelichen Pflichten getreulich nachzukommen, klar zu Tage tritt. — Nach mittelalterlichem Recht konnte der verlassene Gatte nur auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft klagen, nicht auf Separation; dagegen ist dieser Grund von der späteren ehegerichtlichen Praxis eingeführt worden.[23]) (Ueber Verhandlung bei Abwesen-

[21]) c. 1 X 4, 19; c. 8 u. 13 X 2, 13.

[22]) c. 6 X 4, 13.

[23]) Vergl. Scherer, a. a. O., S. 589.

heit und Nichtkenntnis des Aufenthaltes des schuldigen Ehegatten siehe das „Verfahren".)

3. Apostasie und Häresie[24]) (fornicatio spiritualis).

Der Abfall vom Glauben wird in der Kirchensprache bisweilen als „geistiger Ehebruch" bezeichnet, welcher den treu gebliebenen Gatten berechtigt, die Lebensgemeinschaft mit dem Abgefallenen aufzuheben.

4. Dem vorhergehenden Scheidungsgrunde verwandt ist: „Die Gefahr des Seelenheils" (periculum animae), welche dann zur zeitweiligen Separation berechtigt, wenn sie durch kein anderes Mittel abzuwenden ist.[25])

5. Ob auch Krankheit[26]) einen Scheidungsgrund bilde, ist vielfach bestritten. Vom klassischen kanonischen Recht wird sie als Scheidungsgrund anerkannt. Die Gerichtspraxis macht indessen einen Unterschied zwischen ansteckender und nichtansteckender Krankheit und bekennt sich zu der Ansicht, bei gefahrloser, sei es verschuldete oder unverschuldete Krankheit, sei eine Separation nicht zulässig noch notwendig. Dagegen kann ansteckende, für Leib und Leben gefährliche Krankheit (gefährlicher Wahnsinn und dergleichen) bisweilen Scheidungsgrund bilden. Sobald aber die Gefahr beseitigt, ist auch die eheliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen.

III. Die Klage auf Separation.

Eine Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann stets nur auf Antrag der beteiligten Gatten erhoben werden. Der Richter wird nicht ex officio tätig; da weder Veranlassung noch rechtliche Gründe vorhan-

---

[24]) c. 6 u. 7 X, 4, 19; c. 21 X, 3, 32; c. 5 C. 28, qu. 1 (Augustinus).

[25]) c. 4 C. 28, qu. 1 (Augustinus); c. 2 X, 19.

[26]) cap. 1, 2. X, 4, 8 (Alex. III). — Vergl. auch Scherer, a. a. O. II, S. 588, Note 44. Ferner: c. 25 caus. 32 qu. 7, Summarium: »Ob infirmitatem, vel damna corporis, conjuga solvi non licet.« — Gratian princip. caus. 33; qu. 1.

den sind, eine Trennung der Ehe herbeizuführen, welche die Gatten weder wünschen noch beabsichtigen und andererseits das Interesse der Kirche gerade darauf gerichtet ist, eine von ihr geschlossene Ehe aufrecht zu erhalten.

Klageberechtigt sind nur die beteiligten Ehegatten, weder Verwandte noch dritte Personen.

Das Klagerecht dauert solange, als der Zustand, durch welchen ein Recht verletzt wird und erlischt in folgenden Fällen:

a. Durch Zeitablauf.[27])
a. Durch Verzeihung (per condonationem), d. h. wenn der unschuldige Gatte stillschweigend durch konkludente Handlungen (z. B. Leistung der ehelichen Pflicht) oder ausdrücklich und freiwillig dem Schuldigen verziehen hat.
c. Durch compensatio delicti, d. h. durch Begehung eines gleichen Verbrechens durch den klageberechtigten Ehegatten. So z. B. beim Ehebruch: Begeht der klageberechtigte Teil ebenfalls ein adulterium, so geht er des Klagerechtes verlustig.[28])
d. Hat ein Ehegatte direkt oder indirekt beim Ehebruch seines Mitgatten mitgewirkt, sei es durch Stillschweigen, Zustimmung oder Aufforderung zu demselben, so hat er kein Klagerecht mehr.
e. Endlich hört das Klagerecht auf, wenn von den zwei ersten Instanzen zwei gleichlautende Sentenzen in derselben Klage vorliegen.

IV. Der Gerichtsstand.

„Actor sequitur forum rei", d. h. der Ehegatte, der auf Separation klagen will, hat sich an den Richter des

[27]) Frey, Kritischer Kommentar über das Kirchenrecht, V. Teil, Kitzingen 1833, S. 227. — Nic. München: Das kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht, Köln u. Neuss 1865, I, 329. — Kutschker: Das Eherecht der katholischen Kirche, Wien 1857, Bd. V, S. 671.

[28]) C. 24, caus. 37, qu. 2.; C. 1, caus. 32, qu. 6; vergl. auch Scherer, a. a. O., S. 664 ff.

Wohnortes des Beklagten zu wenden. Sein Gerichtsstand ist also das forum domicilii, d. h. im allgemeinen das Ehegericht der Diözese, in welcher die Parteien zur Zeit der Anstellung ihrer Klage ihren Wohnsitz haben. — Eine Ausnahme erleidet dieses Prinzip, wenn es sich um eine Klage wegen böswilliger Verlassung handelt.[29]) In diesem Falle ist der Ordinarius des Klägers für zuständig erklärt. — Das forum prorogationis ist in Ehesachen nicht zulässig.[30])

V. Das Urteil.

Einige spezielle, schon früher genannte Fälle abgerechnet, erfordert eine Separation stets den Ausspruch des kirchlichen Richters.

Die richterliche Erkenntnis lautet auf Abweisung des Klägers, wenn der Klagegrund unzureichend ist oder die Klage aus formellen oder materiellen Gründen unzulässig erscheint; sie lautet auf Zusprechung des Klagebegehrens, resp. auf lebenslängliche oder zeitliche Separation, wenn sich der Richter von dem Vorhandensein eines Rechtsgrundes überzeugt hat, der vom Rechte als Scheidungsgrund anerkannt ist.

Ist das Urteil gesprochen und lautet es auf Separation, so steht es auch jetzt noch den Ehegatten immer frei, dasselbe auszuführen oder nicht. — Wird aber die Klage abgewiesen, so ist es Pflicht der Ehegatten, das eheliche Leben fortzuführen; das Urteil ist in dieser Richtung zwingend für sie.

Ja, trotz des Urteils können geschiedene Eheleute von Amtswegen dazu verhalten werden, die eheliche Gemeinschaft wieder anzutreten, sobald die Gründe des Urteils weggefallen sind.

---

[29]) Vergl. Leitner: Lehrbuch des katholischen Eherechts, Paderborn 1902, S. 624.

[30]) Conc. Trid., Sess. XXIV, c. 20 de ref. — Vergl. auch Schulte: Darstellung des Prozesses vor den katholischen geistlichen Ehegerichten Oesterreichs, S. 43.

Das Scheidungserkenntnis hat eben das Eigentümliche, dass es niemals in absolute oder materielle Rechtskraft erwächst. Es unterscheidet sich dadurch wesentlich von den sonstigen kontentiösen Urteilen. „Es hält die Mitte zwischen der richterlichen Entscheidung einer Rechtsfrage und einer Strafsentenz, bezw. disziplinären Verfügung. Es unterscheidet sich aber von einer rein pönalen Massnahme dadurch, dass es keineswegs exequiert werden muss, sondern nur dem siegreichen Kläger oder bei einverständlicher Trennung beiden Gatten die Befugnis erteilt, daraufhin das eheliche Zusammenleben aufzugeben.“[31])

Ebenso kann die aufgelöste Ehegemeinschaft, selbst dann, wenn sie durch richterliche Sentenz als beständige ausgesprochen wurde, jederzeit durch die Ehegatten selbständig wieder aufgenommen werden, ohne dass etwa durch Mitwirkung des Richters das Trennungsurteil erst aufgehoben werden müsste.

II. Teil.

§ 2. Die Wirkungen des Urteils.

Einleitung.

Mit dem formell rechtskräftig gewordenen Erkenntnis ändern sich die bisherigen, während der Ehe bestandenen rechtlichen Beziehungen der Ehegatten insofern, als die ehelichen Rechte und Pflichten nicht nach ihrer negativen, wohl aber nach ihrer positiven Richtung suspendiert werden. Das Rechtverhältnis ist ein anderes geworden. Zwar bleibt das Band der Ehe unberührt, die Ehe existiert fort, aber die aus der Ehe fliessenden Rechte haben sich mit den veränderten Verhältnissen geändert.

[31]) R. v. Scherer: a. a. O., II. Bd., S. 583.

Die eheliche Gemeinschaft, das eheliche Zusammenleben ist ja aufgehoben, die Ehegatten sind zeitweise oder dauernd getrennt. — Selbstverständlich kann eine Aenderung der bisherigen rechtlichen Beziehungen und Verhältnisse sich nur auf die vom Eheband trennbaren ehelichen Rechte und Pflichten beziehen.

Die Wirkungen der Separation äussern sich daher im allgemeinen darin, dass für den schuldigen Ehegatten die Ehe mit allen ihren Wirkungen weiterexistiert, während für den unschuldigen Teil die Verpflichtung zum gemeinschaftlichen Leben aufhört. Daraus geht des Weitern hervor, dass der schuldlose Gatte jederzeit das Recht hat, die Gemeinschaft wieder herzustellen, der schuldige aber die Pflicht, diesem Verlangen nachzukommen. — Im Uebrigen dauern diese Folgen solange, als das Scheidungsurteil aufrecht besteht. „Sprach aber der Richter die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur für eine bestimmte Zeit oder unter der Voraussetzung des Obwaltens gewisser Verhältnisse aus, so hört die Separation auf, die angegebenen Wirkungen zu haben, sobald die Zeit abgelaufen ist, oder die Verhältnisse sich geändert haben.“[32])

Durch den Abschluss der Ehe haben die beiden Eheleute eine Summe neuer Rechte und Pflichten sich selbst, ihren Nachkommen und andern gegenüber auf sich genommen. Diese Rechte und Pflichten äussern ihre Wirkungen:

1. In Beziehung auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten.
2. In vermögensrechtlicher Hinsicht.
3. Im Verhältnis zu den Kindern.

Nach diesen drei Richtungen hin ändern sich nun auch die rechtlichen Beziehungen separierter Ehegatten. Wir nehmen daher diese Einteilung zur Grundlage unserer folgenden Ausführungen.

---

[32]) R. v. Scherer: a. a. O., Bd. II, S. 582.

1. Wirkungen des Urteils in Beziehung auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten.

Diese teilen sich wieder in:

a) Rechte und Pflichten der ehelichen Gemeinschaft.

Die Verpflichtung zum gemeinschaftlichen Leben und Wohnen hört für den unschuldigen Teil auf. Die Frau braucht also das Domizil des Mannes nicht mehr zu teilen. — Das Band der Ehe und daher die Verpflichtungen des andern Teiles dauern fort. — Der Mann hat selbstverständlich auch während der Separation für den Unterhalt seiner Frau zu sorgen, falls diese nicht aus eigener Kraft ihren Lebensunterhalt bestreiten kann.

Während der Dauer der ehelichen Gemeinschaft hatte die Frau in einer Reihe von Sachen Vertretungsbefugnis für ihren Mann. Rechtsgeschäfte, die sie in seinem Namen abschloss und die innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises sich befanden, verpflichteten auch den Mann. Sie besass die „Schlüsselgewalt".

Mit Aufhebung der häuslichen ehelichen Gemeinschaft fallen diese Rechte von selbst, weil sie ihren Bestand lediglich auf das Vorhandensein eines gemeinschaftlichen Hauswesens gründen. Wie der Mann für die Trennungszeit die Autoritätsrechte über die Frau verliert, so geht diese ihrer sogenannten Schlüsselgewalt verlustig. — Auch der Mann verliert das Recht, seine Frau nach Aussen zu vertreten, da dieselbe nach aufgehobener Lebensgemeinschaft ja eigenen Rechtes wird. — Die Rechte und Pflichten separierter Ehegatten nach Aussen sind nur noch gemeinschaftlich, insoweit dieselben aus dem Bande der Ehe resultieren. So das Recht der Anerkennung als rechtmässige Ehegatten, der Legitimität ihrer Kinder etc.

b) Rechte und Pflichten der ehelichen Treue.

Trotzdem die Ehegatten von einander getrennt sind, sind sie doch strengstens gebunden, sich gegenseitig die eheliche Treue zu halten. Daher kann auch keine neue Ehe eingegangen werden. Rechte und Pflichten können

durch die Trennung eben nur insoweit abgeändert werden, als die quoad vinculum fortbestehende Ehe dadurch in ihrem Bestande nicht verletzt wird. Es kann sich daher auch ein separierter Ehegatte des Ehebruches schuldig machen.

c) Rechte und Pflichten des ehelichen Verkehrs.

Ein weiteres Recht und eine diesem Rechte entsprechende Pflicht, welche aus dem Eheabschluss erwachsen sind, ist das Recht und die Pflicht des ehelichen Verkehrs. Daraus ergibt sich aber folgendes: Da das Band der Ehe und die Verpflichtungen des schuldigen Gatten fortdauern, so kann der unschuldige Teil jederzeit seinen getrennten Mitgatten zwingen, die eheliche Gemeinschaft mit ihm wieder aufzunehmen, wodurch die Separation ohne Weiteres aufgehoben wird. Bisweilen kann auch der Schuldige, sobald der Scheidungsgrund weggefallen ist, Wiederherstellung des ehelichen Lebens verlangen. Ein wegen Ehebruch oder einem diesem gleichstehenden Verbrechen separierter Ehegatte kann den unschuldigen nicht zwingen, mit ihm wieder zusammenzuleben, ausser im Falle der Kompensation; wohl aber umgekehrt hat der Schuldlose das Recht, jederzeit vom ersteren die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu fordern[33]); denn zu seinen Gunsten, zu seinem Schutze und auf sein Verlangen hin, ist ja die richterliche Aufhebung der Lebensgemeinschaft angeordnet worden, daher kann er auch von sich aus jederzeit auf das ihm gewährte Recht verzichten.

Begeht jedoch der Ehegatte, der die Scheidung erlangt hat, während der Dauer derselben selbst einen Ehebruch, so wird er nach kanonischem Recht von Amtswegen zur Wiedervereinigung verhalten.[34])

---

[33]) c. 21, C. 27, qu. 2.

[34]) c. 3 u. 7 X, 4, 20; c. 7 X, 4, 17.

2. Wirkungen des Urteils in Bezug auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten.

Die vermögensrechtlichen resp. güterrechtlichen Verhältnisse hat die Kirche unwidersprochen dem weltlichen forum zur Regelung überlassen.[35])

Wir verweisen daher auf die spätern Ausführungen sub Bundesgesetz und Entwurf.

Früher erkannte der geistliche Richter, der über die Scheidungsklage aburteilte, auch über diese Nebenfolgen; ja, er musste von Amtswegen zugleich mit dem Scheidungsurteil darüber erkennen.[36])

Stets aber hat die Kirche dagegen protestiert, dass das weltliche Gericht auch die Beurteilung der causae separationis in seinen Machtbereich hineinzieht und sie hat ihren Standpunkt ausdrücklich erklärt, dass nur ein geistliches Gericht eine vor ihrem forum geschlossene Ehe rechtsgültig beurteilen und auflösen könne.[37])

3. Wirkungen des Urteils in Bezug auf das Verhältnis zu den Kindern.

Die Kirche präsumiert wo immer möglich die Ehelichkeit eines Kindes; daher ist auch im kanonischen Rechte als oberster Grundsatz anerkannt: „Pater est quem nuptiae demonstrant", d. h. alle während des Bestehens der Ehe erzeugten Kinder gelten als eheliche. — Die Entscheidung über die Ehelichkeit eines Kindes beansprucht die Kirche, insofern diese Präjudizialfrage mit der Frage der Gültigkeit des Ehebandes zusammenhängt.[38])

Diese rechtliche Präsumption gilt auch für die ganze Zeit der Separation. Also wird auch ein nach dem 300sten Tage seit der Separtion geborenes Kind als vom Ehe-

[35]) Vergl. Trid. Sess. XXIV, c. 12 de sacram. matrim.

[36]) c. 4 X, 4, 19.

[37]) c. 3 X, 4 (de donat. inter vir. et mulier.) «et de dote quae est causa *incidens, accessorie* cognoscere valuistis».

[38]) Siehe Anm. 4, 2.

mann gezeugt betrachtet und tritt daher dasselbe auch ein in alle Rechte und Pflichten, welche die Natur und das positive Recht zwischen Eltern und legitimen Kindern feststellt.[39])

Da die Eltern getrennt von einander leben, so müssen die Kinder, falls solche bei einer Separation vorhanden sind, dem einen oder andern derselben überlassen werden, welcher für Ernährung, Kleidung etc. derselben zu sorgen hat, oder aber wird jedem Ehegatten ein Teil derselben zugewiesen. Auf jeden Fall haben beide Eltern in gleicher Weise für ihre Kinder zu sorgen. Und sind sie auch nur einem Teil überwiesen worden, so ist der andere ebenso verpflichtet, zu deren Unterhalt nach Kräften beizutragen.

In gleicher Weise liegt den Eltern die Erziehung und Belehrung ihrer Kinder ob, doch in aller erster Linie demjenigen Elternteil, dem sie während der Trennung zugewiesen sind. — Strenge Vorschrift der Kirche ist es indessen, dass, wenn einer von zwei nichtchristlichen Ehegatten sich bekehrt hat, der andere aber im Unglauben verharrt, die Kinder dem Bekehrten zuzusprechen sind.[40])

III. Teil.

§ 3. **Das Verfahren.**

Es soll hier das gerichtliche Verfahren nur insoweit besprochen werden, als es dem Scheidungsverfahren speziell eigen ist.

Diese Besonderheiten des Verfahrens finden ihre Begründung in der Eigentümlichkeit der Streitsache.

---

[39]) C. 2 X, 4, 17.

[40]) C. 2 X, 3, 33, und Benedikt XIV in Const. Probe vom 15. Dezember 1751.

Der Ehcprozess wird im summarischen Verfahren erledigt[41]), d. h. alle nicht wesentlichen Förmlichkeiten werden übergangen. — Wesentliches Erfordernis des Scheidungsverfahrens ist die Eruierung der materiellen Wahrheit. Die Parteien sind also nicht domini litis.

A. Das eigentliche Prozessverfahren.

Das gerichtliche Verfahren beginnt mit Einreichung der Scheidungsklage, bezw. einem Gesuche an den Ortspfarrer oder direkt an das Ehegericht.

Mit der Klage kann zugleich verbunden sein das Gesuch um provisorische Verfügungen.

Je nachdem die obwaltenden Verhältnisse es gebieten, wird der Richter, vorausgesetzt, dass ein diesbezüglicher Parteiantrag vorliegt, ein Provisorium anordnen; doch nur, wenn diese Notwendigkeit aus dem Klagegrund ersichtlich ist und eine Unterlassung dieser vorsorglichen Massregel offenbar schlimme Folgen nach sich ziehen würde. Veranlassung, ein Provisorium anzuordnen, ist für den Richter namentlich dann vorhanden, wenn Gefahr im Verzuge liegt.

Der Richter hat den Tatbestand möglichst genau festzustellen, um konstatieren zu können, ob ein kanonischer Scheidungsgrund vorhanden sei. Nachdem er sich eingehend über die Klagebehauptungen informiert und dieselben nicht offenkundig unbegründet gefunden hat, teilt er dem Beklagten die Klage mit oder aber macht er — je nach Gutfinden — einen nochmaligen Sühneversuch, indem er die Parteien vor sich oder einen kommittierten Richter zitiert, zum Zwecke, sie von der Klage abzubringen. Dieses Recht steht dem Richter in jedem Stadium des Prozesses zu.

Hat zur Zeit des Beginnes der Prozessverhandlungen eine faktische, von dem Richter nicht genehmigte Trennung schon stattgefunden, so sind die Ehegatten von Amtswegen

[41]) Cap. 2 in Clem. II, 1 de judiccis.

zu verhalten, wenigstens das äussere Zusammenleben wiederherzustellen, andernfalls der Richter auf die Klage nicht eingehen darf.

B. Verfahren in einzelnen Fällen.

a. Findet der Richter im Laufe der Untersuchung oder ist notorisch feststehend, dass derjenige Gatte, der den andern wegen Ehebruchs verklagt, des gleichen Verbrechens sich schuldig gemacht hat, so hat er den Kläger abzuweisen (compensatio delicti) und ex officio Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft anzuordnen.[42])

b. Ist der Aufenthaltsort des Ehegatten, der den andern böswillig verlassen, nicht bekannt, so kann nicht ohne Weiteres ein Kontumazialurteil gefällt werden; vielmehr hat der klagende Gatte eidlich zu bekräftigen, dass ihm der Aufenthalt seines Mitgatten unbekannt sei. Zudem hat er eine amtliche Bescheinigung beizubringen, dass er nach Kräften sich bemüht habe, den Aufenthalt des Abwesenden auszuforschen. Erst dann kann, entgegen dem gewöhnlichen Verfahren der Prozess in Abwesenheit des beklagten Teiles geführt werden und zwar auch dann nicht im Wege des Kontumazialverfahrens, sondern es muss auch jetzt erst Beweis aufgenommen werden. Der Beklagte wird (wegen Nichterscheinens) mit seinen etwaigen Prozesseinreden ausgeschlossen.

Die gleiche Strafe trifft jeden Beklagten, der auf eine ordentlich ergangene Ladung nicht vor Gericht erscheint.

C. Beweisverfahren.

Das kanonische Beweisverfahren im Eheprozess ist vom gewöhnlichen Prozessverfahren nicht unterschiedlich, wohl aber finden wir bezüglich der Beweismittel bedeutende Abweichungen.

---

[42]) Desgleichen wird ein unschuldiger Ehegatte, der sich während der Trennung einen Ehebruch zuschulden kommen lässt, gezwungen, sich wieder zu vereinigen. — Ueber die Einrede der Mitschuld vergl. auch das Urteil, mitgeteilt von B. v. Oberkamp im Archiv für kath. Kirchenrecht, Bd. 21, S. 82—92.

1. Geständnis und Eid der Parteien.

Das Geständnis des Beklagten, sofern demselben keine Verabredung der Parteien zu Grunde liegt, bildet im Scheidungsverfahren einen Beweis; desgleichen der Haupt- und Erfüllungseid.[43])

Die Frage, ob der Eidesantrag als alleiniges Beweismittel für die Separation zulässig sei, beantwortet Schulte[44]) in folgendem Sinne: Bei der Ehe ist nicht bloss auf das Interesse der Parteien Rücksicht zu nehmen; die Kirche konkurriert dabei unbedingt. Infolge des Interesses der Kirche am Bestande der Ehe kann die Separation weder direkt noch indirekt in den ausschliesslichen Willen der Gatten gesetzt werden. Der Richter muss also die Zulässigkeit des Eides prüfen, um einer möglichen Kollision der Parteien zu entgehen. Es kann derselben nicht gleichgültig sein, ob eine Ehe, die als consortium omnis vitae geschlossen, nach der Willkür der Eheleute getrennt werde. Daraus geht hervor, dass der Eidesantrag, sofern er alleiniges Beweismittel bilden soll, nicht unbedingt zulässig ist. Indessen ist eine absolute Ausschliessung auch nicht notwendig; auf jeden Fall aber hat der Richter die Zulässigkeit des Eides und dessen Relevanz genauer Prüfung zu unterziehen. Eine Zulassung desselben lässt sich nur insofern rechtfertigen, als es sich in erster Linie doch immer um die Entziehung eines den Ehegatten zustehenden Rechtes resp. Entbindung einer Verpflichtung handelt.[45])

[43]) Vergl. c. 5 X de divort. 4, 19; c. 6 X de adult. 5, 16.

[44]) Schulte: Handbuch des kath. Eherechts. Giessen 1855. S. 455. — Vergl. ferner Gloss. zu c. Mulieri 34, X 2, 24; c. 5, X, 4, 13; c. 2 X, 2, 19; c. 11 X, 1, 36; Nic. München a. a. O., I, 180; U. Lampert: Zur Beurteilung des persönlichen Eherechts im Vorentwurf eines schweiz. Zivilgesetzbuches, Basel 1901, S. 34; J. F. Schulte: Darstellung des Prozesses vor den kath. geistlichen Ehegerichten Oesterreichs, Giessen 1858, S. 186 ff., besonders S. 188 c; Anweisung für die geistlichen Gerichte Oesterreichs in Betreff der Ehesachen, 1856, § 232 und 233.

[45]) Vergl. hierüber auch auch Kutschker: Das Eherecht der kath. Kirche, Wien 1857, Bd. V, S. 863 ff.

Das Geständnis kann ein gerichtliches oder aussergerichtliches sein. Beide Arten desselben dienen als Beweismittel. — Dasselbe wird namentlich dann als Beweis erachtet werden können, wenn die confessio in jure sich gegen die Separation richtet oder deutlich aus demselben zu ersehen ist, dass es keiner Verabredung der Parteien entspringt. Trotz des beweisenden Geständnisses einer Partei, steht es dem Richter frei, eine Beweisaufnahme vorzunehmen, insbesondere, wenn zu vermuten ist, dass es im gegenseitigen Einverständnis der Parteien abgelegt wurde, um eine gerichtliche Separation herbeizuführen. Das aussergerichtliche Geständnis ist nur dann beweisend, wenn die „ernstliche, durch keinen Gegenbeweis des Irrtums, des Betruges, der Simulation und dergleichen als nicht vorhanden dargestellte Absicht des Geständigen, etwas einzuräumen, zugleich erwiesen wird.“[46]) Andernfalls kann der Richter, sobald der Beklagte den Klagegrund zugesteht, das Urteil fällen.

Ergänzungseid und Reinigungseid sind gänzlich ausgeschlossen.[47])

2. Zeugen.

Vom gewöhnlichen Prozessverfahren abweichend, sind zeugnisfähig: Verwandte, Verschwägerte, Hausgenossen, Dienerschaft und Freunde der Parteien[48]) und zwar namentlich für Tatsachen, welche im Familien- und häuslichen Kreise hauptsächlich bekannt und daher von solchen Personen ausschliesslich oder doch am sichersten bezeugt werden können. — Es werden für diese Zeugen die regelmässigen Erfordernisse und Eigenschaften verlangt; sie können daher aus denselben Gründen der Verdächtigkeit abgelehnt werden, wie alle andern Zeugen.

---

[46]) Kutschker: Das Eherecht der kathol. Kirche. Wien 1857. Bd. V., S. 842.

[47]) Vergleiche die obigen Ausführungen mit Fr. Schulte: Handbuch des kathol. Eherechtes, Giessen 1855. S. 446 ff.

[48]) C. 2 sqq. C. 35, qu. 6; c. 3 X 4, 48.

Da das Urteil nie in Rechtskraft erwächst, so können Zeugen jederzeit, auch nachher noch genannt werden.

3. Andere Beweismittel.

Auch alle übrigen Beweismittel des gewöhnlichen Prozesses kommen im Eheprozess zur Geltung. — Der Richter hat überhaupt alles, was zur Aufklärung der Sache dient, zur Anwendung zu bringen. — Zum Beweise des Ehebruches sind dringende Vermutungen, sowie stark verdächtige Tatsachen genügend und das Geständnis des Beklagten ist beweiskräftig.[49])

Zu bemerken ist noch, dass es in der Natur der Streitsache liegt, dass auch der Beklagte vom Richter verpflichtet werden kann, sämtliche auf die Streitsache sich beziehenden und im Besitze des Beklagten sich befindenden Beweisstücke herauszugeben.

---

[49]) Beispiele solcher violenta praesumptio vergl. c. 27 X, 2, 20; c. 12 X, 2, 23.

II. Abschnitt.

Die Scheidung von Tisch und Bett nach dem Bundesgesetz vom 1. Januar 1876 (24. Dez. 1874).

I. Teil.

§ 1. Voraussetzungen der Scheidung von Tisch und Bett und allgemeiner Teil.

I. Materielle und formelle Erfordernisse.

Die formelle Voraussetzung einer Scheidung von Tisch und Bett ist ein gerichtlicher Ausspruch, der sich materiell auf gewisse vorliegende Gründe (Scheidungsgründe) stützt. — Eine beliebig vereinbarte oder eigenmächtige Trennung der Ehegatten hat nicht die gesetzlichen Wirkungen einer gerichtlich getrennten Ehe. Indessen können tatsächlich getrennt lebende Ehegatten nicht — etwa durch polizeiliche Massregeln — zum Zusammenleben gezwungen werden. Eine solche Trennung äussert aber eine rechtliche Bedeutung nur dadurch, dass der die Wiedervereinigung verwerfende Ehegatte dem andern einen Grund zur definitiven Scheidung gibt wegen böslicher Verlassung.

Die Bestimmungen, die das Bundesgesetz betreff Scheidung von Tisch und Bett aufstellt, sind nun allerdings sehr unbestimmt gefasst und geben daher zu verschiedenen Interpretationen Anlass, wie wir im Verlaufe der folgenden Ausführungen sehen werden.

Eine gerichtliche Scheidung von Tisch und Bett darf nur ausgesprochen werden unter der Voraussetzung des

Art. 47[50]), d. h. wenn keiner der in Art. 46[51]) genannten Scheidungsgründe vorliegt, aber gleichwohl das eheliche Verhältnis als tief zerrüttet erscheint.[52])

Wie sehr diese Beschränkung der allgemeinen Rechtsanschauung zuwiderläuft, zeigt sich dann, wenn ein oder auch beide Ehegatten bei Vorhandensein eines Scheidungsgrundes des Art. 46 eine blosse Scheidung von Tisch und Bett wünschen, weil sie zwar die Ehe unter den momentanen Verhältnissen nicht fortsetzen können, aber doch die Hoffnung nicht aufgegeben haben, auf eine spätere Aenderung zum Besseren.

Der Richter kann die Klage nicht abweisen, also bleibt nichts anderes übrig, als, gestützt auf Art. 46 die definitive Ehescheidung auszusprechen. Der Richter ist also gezwungen, einen Rechtszustand zu verwirklichen, der über das Begehren der Parteien hinausgeht, also der Verhandlungsmaxime des Zivil-Prozessrechtes widerspricht. Uebrigens ist der Ausdruck „tiefe Zerrüttung"

---

[50]) Art. 47: Wenn keiner der genannten Scheidungsgründe vorliegt, aber gleichwohl das eheliche Verhältnis als tief zerrüttet erscheint, so kann das Gericht auf gänzliche Scheidung oder auf Scheidung von Tisch und Bett erkennen. Die letztere darf nicht auf länger als 2 Jahre ausgesprochen werden. Findet während dieses Zeitraumes eine Wiedervereinigung nicht statt, so kann die Klage auf gänzliche Ehescheidung erneuert werden, und es erkennt alsdann das Gericht nach freiem Ermessen.

[51]) Art. 46. Auf Begehren eines der Ehegatten muss die Ehe getrennt werden:

a. wegen Ehebruchs, sofern nicht mehr als 6 Monate verflossen sind, seitdem der beleidigte Teil davon Kenntnis erhielt;

b. wegen Nachstellung nach dem Leben, schwerer Misshandlung und tiefer Ehrenkränkung;

c. wegen Verurteilung zu einer entehrenden Strafe;

d. wegen böswilliger Verlassung, wenn diese schon 2 Jahre angedauert hat und eine richterliche Aufforderung zur Rückkehr binnen 6 Monaten erfolglos geblieben ist;

e. wegen Geisteskrankheit, wenn diese bereits 3 Jahre angedauert hat und als unheilbar erklärt wird.

[52]) Bundesgerichts-Urteil vom 8. Juni 1883 i. S. Eheleute Rechsteiner. Bd. IX. S. 194.

eine sehr vage Bezeichnung und von andern Scheidungsgründen, namentlich dem Tatbestande des Art. 45[53]) kaum zu unterscheiden. Auch die in Art. 46 angeführten Scheidungsgründe enthalten Vergehen, die fast immer eine „tiefe Zerrüttung des ehelichen Lebens" nach sich ziehen werden. So kann z. B. ein Ehebruch stattgefunden haben, das Klagerecht ist jedoch verjährt, aber es war Anlass zur ehelichen Zerrüttung; daher wird indirekt der Ehebruch die Ursache der Scheidung von Tisch und Bett sein können.[54])

II. Dauer der Scheidung von Tisch und Bett.

Die Scheidung von Tisch und Bett ist nach geltendem Recht ein Provisorium, das nur bestimmte Zeit dauert und nach dessen Ablauf entweder die Wiederaufnahme des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens bezw. die definitive Scheidung erfolgen muss. — Wie bereits gesagt, fasst das schweizerische Eherecht die Scheidung von Tisch und Bett nur als eine Unterbrechung des ehelichen Zusammenlebens auf, denn es kennt nur e i n e Art Auflösung der ehelichen Gemeinschaft, nämlich — die völlige Scheidung.

Eine solche Unterbrechung darf nicht länger als höchstens 2 Jahre dauern, gerechnet vom Tage des Urteilsspruches an[55]); doch steht es dem Richter frei, sie auch auf kürzere Zeit zu erkennen. — Eine Trennung auf unbestimmte Zeit kennt das geltende Recht nicht.

III. Die Klage.

Nach der Anschauung des Bundesgerichtes und bei dem Ansehen, dessen sich die Entscheide unserer ober-

[53]) Art. 45 lautet: „Wenn beide Ehegatten die Scheidung verlangen, so wird das Gericht dieselbe aussprechen, sofern sich aus den Verhältnissen ergibt, dass ein ferneres Zusammenleben der Ehegatten mit dem Wesen der Ehe unverträglich ist."

[54]) Vergl. bundesgerichtlichen Entscheid vom 24. Jan. 1879 i. S. Eheleute Kamer. Bd. V. S. 95.

[55]) Art. 47. — Vergl. ferner B. G. E. III S. 667.

sten Gerichtsbehörde erfreuen, nach der ganzen Gerichtspraxis ist eine Klage auf Scheidung von Tisch und Bett überhaupt nicht zulässig. Der Klageschluss muss stets auf definitive Scheidung lauten. Das Bundesgesetz, namentlich, wie es durch das Bundesgericht interpretiert wird, setzt sich dadurch in eklatanten Widerspruch mit der separatio quoad mensam et torum des kanonischen Rechtes. Letzteres setzt die Separation an Stelle der definitiven Scheidung vom Bande, das erstere kennt dieselbe nur als eine provisorische Massregel, durch welche die endgültige Scheidung unter gewissen Voraussetzungen ersetzt wird.

Diese Auffassung der Gerichtspraxis war jedoch nicht von Anfang an gegeben. Zunächst ist nur sicher, dass eine Klage auf Trennung nach geltendem Recht nicht möglich ist, wenn ein Scheidungsgrund des Art. 45 oder 46 vorliegt. — Dass aber bei Vorhandensein der Voraussetzung des Art. 47 den Parteien ein Klagerecht auf Trennung von Tisch und Bett nicht zustehe, ist nirgends gesagt. Nach Grundsätzen der allgemeinen Rechtsanschauung, sollte man glauben, dass den Parteien, wenn doch das „Mehr" ihrer Disposition unterworfen ist, auch die freie Wahl zustünde, das im „Mehr" enthaltene „Weniger" begehren zu dürfen. — Im Gesetze ist auch nirgends expressis verbis gesagt, dass eine Trennungsklage ausgeschlossen sei; aus der Zulässigkeit des Institutes sollte man im Gegenteil schliessen, dass es auch von den Parteien verlangt werden darf. Ziehen wir dazu noch in Betracht, dass in unserm ganzen Zivilrechtsverfahren der Richter an die Vorschrift gebunden ist: „Ne eat ultra petita partium", so lässt sich nicht leicht eine rechtliche Begründung finden für die sonderbare Interpretation des geltenden Scheidungsrechtes, wonach es den Parteien nicht gestattet sein soll, selbst einen Antrag auf Trennung zu stellen. „Mit Recht", sagt König[56]), „darf

[56]) G. König: Abänderung einiger Bestimmungen des B.-G. vom 24. XII. 1874 betr. Ehescheidung. S. 38.

man daher die Frage aufwerfen, wie der Gesetzgeber dazu kommt, dem Richter eine bessere und tiefere Kenntnis der Verhältnisse zuzutrauen, als den Ehegatten selbst, und infolgedessen den Parteien oder einer von ihnen nicht einmal die Antragsstellung zu gestatten, sondern es ausschliesslich dem Ermessen des Richters zu überlassen, ob er an die Möglichkeit einer Besserung glauben könne und wolle oder nicht. Es lässt sich vollkommen rechtfertigen, dass der Richter einem gestellten Scheidungsantrage nicht entspricht, sondern es vorzieht, den Ehegatten Zeit und Gelegenheit zur Abkühlung zu geben, aber dass nicht auch die Parteien selbst einen solchen Antrag sollen stellen dürfen, dafür dürfte es schwer halten, einen stichhaltigen Grund zu finden.“ Es muss als eine unbegründete Schroffheit des Gesetzes bezeichnet werden, wenn man Ehegatten, die mit einer blossen Trennung sich begnügen wollten, — weil sie aus religiösen Bedenken, aus Liebe zu den Kindern, vielleicht auch in der Hoffnung auf eine Besserung der Verhältnisse oder aus andern Gründen vor einer gänzlichen Scheidung zurückschrecken —, einfach vor die Alternative stellt, auf eine Klage zu verzichten oder auf gänzliche Scheidung zu klagen.

Die Auffassung, dass eine Klage auf Scheidung von Tisch und Bett zulässig sei, teilten auch anfänglich einige Kantone, wie Genf, und hatten daher nach Erlass des Bundesgesetzes vom Jahre 1874 in ihren Einführungsgesetzen eine Klage auf provisorische Trennung aufgestellt, ohne dass der Bundesrat einen Verstoss gegen das geltende Bundesrecht darin erblickt hätte.[57]) Erst durch Entscheidungen des Bundesgerichtes in den Jahren 1876[58]) und 1878 wurde das Gesetz dahin interpretiert, dass in der Schweiz eine Klage auf Scheidung von Tisch und Bett

[57]) Bundesblatt 1876, II. S. 81. Siehe auch: Huber im amtlichen stenographischen Bulletin der schweizer. Bundesversammlung; Juni 1905, S. 631.

[58]) Bundesgerichtlicher Entscheid Bd. III. S. 373.

nicht statthaft sei. Damit war dieser Auslegung Bahn gebrochen und die seitherige Praxis hielt konsequent daran fest.

Wenn aber auch in primärer Klage ein direkter Klageschluss auf Scheidung von Tisch und Bett als nicht zulässig erachtet wird, so muss doch, falls ein erstinstanzliches Urteil, welches auf Trennung lautete und in zweiter Instanz zu Ungunsten des Klägers entschieden wurde, bei der obersten Instanz insofern die Klage auf Trennung gestattet werden, als doch die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils erlangt werden kann.[59])

Hat die Scheidung von Tisch und Bett 2 Jahre gedauert, so kann neuerdings geklagt werden (Art. 47 Schlussatz). Dabei wird, wenn nicht neue Scheidungsgründe hinzugekommen sind, die Prozesslage zur Zeit des ersten Urteils zu Grunde gelegt.

Das Erdauern der Trennung an sich schafft keinen Scheidungsgrund; also hat der allein schuldige Gatte auch jetzt kein Recht, die Scheidung zu verlangen (B.-G. Art. 46 und 47).

IV. Der Gerichtsstand.

Der Ehegatte, der eine Klage auf Scheidung von Tisch und Bett anbringen will, hat diese unter der Form einer Scheidungsklage einzureichen, da eine Klage auf Scheidung von Tisch und Bett nicht zugelassen ist. Wir können also hier nur von einem Gerichtsstand für die Ehescheidungsklage sprechen. Weil daher für die blosse Trennung nichts spezielles gilt, fällt die Behandlung dieser Frage für uns ausser Betracht.

In neuerer Zeit erlitt das geltende Eherecht eine Modifikation durch die internationale Uebereinkunft im Haag[60]) vom 12. Juni 1902, wo der Geltungsbereich der

[59]) Bundesgerichtliches Urteil i. S. Eheleute Stocker vom 26. Jan. 1884. Bd. X. S. 105.

[60]) Entwurf mit Botschaft des Bundesrates vom 18. Nov. 1904, von der Bundesversammlung genehmigt am 16. Juni 1905. In Kraft ab 15. Sept. 1905.

Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und Trennung von Tisch und Bett geregelt wurde und zwar insofern, als Art. 7 der genannten Konvention bestimmt, dass die Trennung, welche durch ein nach Art. 5 zuständiges Gericht ausgesprochen ist, in allen der Konvention beigetretenen Staaten anerkannt werden muss.[61]) Da diese Frage jedoch nur internationales Privatrecht berührt, wollen wir sie nur kurz streifen

Die Bestimmung der Haager Konvention knüpft sich an gewisse Voraussetzungen. Es muss nämlich nachgewiesen werden:

1. Dass der Staat, dem die Ehegatten angehören, das Institut der Trennung kennt, d. h. sie für seine Angehörigen zulässt.

2. Dass in dem zu beurteilenden Falle sowohl nach dem Gesetze des Heimatstaates der Ehegatten, als nach dem Gesetze des Ortes, wo geklagt wird, sei es auch aus verschiedenen Gründen, die Trennung zulässig ist.[62]) Keine dieser Voraussetzungen trifft für unser schweizerisches Ehescheidungsrecht zu. Da nach der jetzigen Gesetzesinterpretation eine Klage auf Trennung nicht zulässig ist, so werden die Bestimmungen der Haager Konvention ihre volle Wirkung auf diesem Gebiete erst ausüben, wenn diese Schranke gefallen sein wird.[63]) — Auch die Frage, ob von schweizerischen Gerichten in einem

[61]) Diese Konventionsstaaten sind: Deutschland, Belgien, Frankreich, Italien, Luxemburg, Niederlande, Rumänien, Schweden. (Vergl. Abkommen zur Regelung des Geltungsbereiches der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett", im Bundesbeschluss v. 16. Juni 1905.)

[62]) Vergl. Friedr. Speiser, Die Haager internat. Abkommen betr. Eheschliessung und Ehescheidung, im Archiv für kath. Kirchenrecht. Bd. 86, S. 476 ff.

[63]) Uebrigens sagt Art. 1 des Abkommens: Die Ehegatten können eine Scheidungsklage bezw. Trennungsklage nur dann erheben, wenn sowohl das Gesetz des Staates, dem sie angehören, als das Gesetz des Ortes, wo geklagt wird, die Scheidung bezw. die Trennung von Tisch und Bett zulassen. — Nun

Eheprozess unter Eheleuten fremder Staatsangehörigkeit auf Trennung erkannt werden könne, wenn nach schweizerischem Recht eine Scheidung der Ehe gerechtfertigt, nach heimischem Recht der Eheleute aber nur Scheidung von Tisch und Bett zulässig sein würde, ist daher verneinend zu beantworten.

Dem Art. 2 der Haager Konvention gegenüber stellt sich die Schweiz, die nur eine Klage auf Scheidung, nicht auf Trennung kennt, auf den Standpunkt, dass in der Schweiz wohnende Ausländer, deren Heimatsstaat die Trennung zulässt, auf solche in der Schweiz nicht klagen können. — Es würde allerdings der in der Gesetzgebung verkörperten Rechtsanschauung widersprechen, wenn die heimischen Gerichte bei Begründung eines Rechtszustandes mitzuwirken hätten, den das schweizerische Gesetz für unzulässig erachtet, indem sie einem Ausländer gestatten würden, den Gesetzen seines Heimatstaates gemäss auch in der Schweiz eine Klage auf Trennung von Tisch und Bett anzubringen. Es wäre dies eine unbegründete Bevorzugung der Ausländer und es liessen sich hier billig die Worte anführen, die in einem deutschen Urteil vom Jahre 1890 bei einem solchen Anlasse niedergelegt wurden: Der Gesetzgeber hat es abgelehnt, den Gewissensbedenken der Katholiken Rechnung zu tragen; er hat es besonders abgelehnt, dass die Scheidung für die der katholischen Kirche angehörenden Ehegatten nur die Auflösung der häuslichen und ehelichen Gemeinschaft unter Ausschluss des Rechtes der Wiederverheiratung bei Lebzeiten des andern Ehegatten bewirken solle. Es kann nicht angenommen werden, dass er auf die Ausländer mehr Rücksicht hat nehmen wollen, als auf die konfessionellen Bedürfnisse der eigenen Bevölkerung.

---

ist aber im eidg. Zivilehegesetz die Trennung von Tisch und Bett nicht ausgeschlossen, da ja der Richter sie verfügen kann. Nach dem Wortlaut wird nur auf die Zulassung der Scheidung bezw. Trennung, nicht der bezügl. Klage im Nachsatze abgestellt.

V. Das Urteil.

Obgleich das geltende Bundesrecht, — wenigstens aus der praktischen Handhabung desselben zu schliessen, — keine Klage auf Scheidung von Tisch und Bett zulässt, gibt es doch in einem Falle dem Richter das Recht, statt auf Scheidung auf blosse Trennung zu erkennen. Von diesem Recht kann der Richter Gebrauch machen, wenn geklagt wird aus der allgemeinen Scheidungsklausel (Art. 47).

Es steht also im Ermessen des Richters, bei Zutreffen ebengenannter Voraussetzung Scheidung oder Trennung auszusprechen. Diese Bestimmung konnte nicht verfehlen, eine gewisse subjektive Gerichtspraxis herauszubilden, die viel Ungerechtigkeit im Gefolge hatte. Zwar spricht die bundesgerichtliche Praxis den Grundsatz aus, dass, im Falle sich die Klage auf Art. 47 stütze, Trennung ausgesprochen werden soll, wenn sich aus den Umständen ergebe, dass eine Wiedervereinigung der Ehegatten zu erwarten sei.[64]) Es ist klar, dass dabei das freie Ermessen und die persönliche Ansicht des Richters eine grosse Rolle spielen und hat man darin nicht ohne Grund vielfach die Quelle der allzusehr überhandnehmenden Ehescheidungen gesucht.[65])

II. Teil.

§ 2. Die Wirkungen des Urteils.

Die Beurteilung der Folgen der Scheidung von Tisch und Bett unterliegt gemäss Art. 49 des Bundesgesetzes der kantonalen Gerichtsbarkeit, mit der Ausnahme, die durch Art. 47 des Bundesgesetzes statuiert wird und wel-

64) B. G. E. III 383, 729; V 601; VII 846; XV 757.

65 Siehe die in der geschichtlichen Einleitung aufgeführte statistische Notiz.

che die bundesrechtlichen Folgen der Scheidung von Tisch und Bett regelt.

1. Die bundesrechtlichen Folgen der Scheidung von Tisch und Bett.

Der darauf bezügliche Art. 47 lautet: „. . . . Die letztere (nämlich die Scheidung von Tisch und Bett) darf nicht länger als 2 Jahre ausgesprochen werden. Findet während dieses Zeitraumes eine Wiedervereinigung nicht statt, so kann die Klage auf gänzliche Ehescheidung erneuert werden und es erkennt alsdann das Gericht nach freiem Ermessen."

Daraus folgt zweierlei:

1. Der Mangel der ehelichen Gemeinschaft.

2. Die Fiktion der fortbestehenden Ehe.

Was den ersten Punkt anbelangt, ist zu sagen, dass ein solcher Zustand zwar dem Wesen der Ehe widerspricht, dass aber doch der Mangel der ehelichen Gemeinschaft nicht die Auflösung der Ehe bedingen kann, da der Zweck der Scheidung von Tisch und Bett vollständig verfehlt wäre, wenn die Ehe schon während der Trennungszeit als aufgelöst gelten und etwa nur als eine gesetzliche Wartefrist bis zur Wiederverheiratung erachtet würde.

Aus dem zweitgenannten Moment geht hervor:

a. Dass, wie im kanonischen Recht, vor definitiv aufgelöster Ehe eine Wiederverheiratung ausgeschlossen ist.

b. Dass den Ehegatten nach Aussen die volle Anerkennung der Rechtmässigkeit zukommt und daher auch die in ihrer Ehe geborenen Kinder als eheliche anzuerkennen sind, vorbehaltlich des Gegenbeweises.

c. Dass endlich den Ehegatten das Recht zusteht, sich jederzeit ohne gerichtliche Genehmigung oder Anzeige ihrer Rekonziliation an die Behörde oder Wiederholung der Trauung zu vereinigen. — Nach Ablauf der Trennungszeit können sich die Ehegatten wieder vereinigen, sind aber dazu, im Gegensatz zum kanonischen Recht, nicht gezwungen; brauchen auch das Scheidungsbegeh-

ren nicht zu erneuern; jedoch fallen die gesetzlichen Wirkungen dahin, da dieselben nur für solange Geltung haben, als die Trennung ausgesprochen ist. Nach Ablauf der Trennungszeit kann jeder Ehegatte auf Scheidung oder Wiedervereinigung klagen, auch der schuldige.

2. Die den Kantonen überlassene Regelung der Folgen der Scheidung von Tisch und Bett.

Art. 49 des Bundesgesetzes lautet: „Die weiteren Folgen der Ehescheidung oder der Scheidung von Tisch und Bett in betreff der persönlichen Rechte der Ehegatten, ihrer Vermögensverhältnisse, der Erziehung und des Unterrichtes der Kinder und der dem schuldigen Teile aufzuerlegenden Entschädigung sind nach der Gesetzgebung des Kantons zu regeln, dessen Gerichtsbarkeit der Ehemann unterworfen ist.

„Das Gericht entscheidet über diese Fragen von Amteswegen oder auf Begehren der Parteien zu gleicher Zeit, wie über die Scheidungsklage.[66])

„Diejenigen Kantone, welche hierüber keine gesetzlichen Bestimmungen haben, sind gehalten, solche binnen einer vom Bundesrate festzusetzenden Frist zu erlassen.“[67])

a. Im letzten Absatz werden die Kantone verpflichtet, in bezug auf die Wirkungen einer Scheidung oder Trennung gesetzliche Normen zu erlassen. — Eine grosse Zahl der Kantone kannte bereits solche Bestimmungen; andere bedurften der Ergänzung oder Modifikation, namentlich bezüglich der güterrechtlichen Folgen, um sich dem neu gestalteten Institut der provisorischen Trennung anzupassen; während wieder andere die Bestimmungen über Scheidung, soweit zulässig, auch auf die

[66]) Aus diesem Kontext möchte man deduzieren, dass ein Parteibegehren auf Trennung von Tisch und Bett gesetzlich zugelassen wäre, da es den Parteien sonst nicht möglich wäre, „zu gleicher Zeit“ ein Urteil über Folgen der Scheidung von Tisch und Bett zu provozieren.

[67]) Vergl. Art. 60 B. G.

Trennung ausdehnten. Einige Kantone begnügten sich damit, in ihren Vollziehungen und Verordnungen eine allgemeine Bestimmung aufzustellen und es dem Richter zu überlassen, von Fall zu Fall „in Würdigung der konkreten Verhältnisse und unter besonderer Berücksichtigung der Schuldbarkeit des einen oder andern Eheteils nach beliebigem Ermessen“ zu entscheiden.[68])

b. Nach Art. 49, Abs. 2, kann also auch das Bundesgericht berufen sein, über die in Art. 49, Abs. 1, bezeichneten Folgen zu urteilen und zwar dann, wenn ein kantonales Urteil in der Hauptsache an das Bundesgericht gezogen und von demselben abgeändert wird. Alsdann erscheint auch die dementsprechende Abänderung von Vermögensverteilung, Entschädigungsansprüche etc. als notwendige Folge des in der Hauptsache erlassenen Urteils und kann daher in solchen Fällen die Kompetenz des Bundesgerichtes auch über jene accessorischen Fragen zu urteilen, keinem Zweifel unterliegen[69]), trotzdem bei Entscheidung über diese Fragen das Bundesgericht kantonales Recht anwendet.

Verträge, welche Ehegatten in Hinsicht auf eine vom Gericht auszusprechende Scheidung von Tisch und Bett, über die Folgen geschlossen, hat die Bundesgerichtspraxis für zulässig erklärt unter der Voraussetzung, dass die Frau dadurch keine Verpflichtungen auf sich nimmt und der Vertrag unter Mitwirkung eines Vormundes zustande kommt.[70])

c. Da im Uebrigen die Festsetzung der weiteren Folgen der kantonalen Gesetzgebung unterliegt, so würde die Berücksichtigung derselben hier ausser Betracht fallen.

---

[68]) Vergl. Willwoll: „Die Nebenfolgen der Ehescheidung nach schweizer. Recht“. Rorschach 1902. S. 19 ff; Huber: System und Geschichte des schweiz. Privatrechtes. Bd. I. S. 226 ff.

[69]) B.-G.-E. VI 151; IV 438; VII 372, 2. Vergl. auch Willwoll a. a. O., S. 22 ff.

[70]) Bundesgerichtl. Urteil i. S. Eheleute Niederer vom 20. Dez. 1884. Bd. X, S. 542.

Da aber der Entwurf auf der Grundlage des geltenden Rechtes aufgebaut und sein Zusammenhang mit dem geltenden Recht gerade auch in diesem Punkte häufig hervortritt, so möchte es doch von Interesse sein, das kantonale Recht wenigstens in kurzen Zügen im Allgemeinen zu streifen, ohne auf Einzelnes einzugehen.

1. Wirkungen auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten.

In allen Kantonen behält die provisorisch getrennte Ehefrau Name, Stand und Bürgerrecht des Mannes, auch in jenen, welche den Verlust des Namens etc. mit der definitiven Scheidung verbinden. Der Mann verliert während der Zeit der Trennung die Autoritätsrechte über die Frau und diese wird alsdann in manchen Kantonen eigenen Rechtes, in andern erhält sie einen Vormund.[71])

2. Vermögensrechtliche Wirkungen.

a) Vermögensauseinandersetzung.

Obwohl nach geltendem Recht die Scheidung von Tisch und Bett nur als provisorische Massregel Anwendung findet, die sich niemals über die Dauer von mehr als 2 Jahren erstrecken kann und daher einschneidende Folgen, wie sie wohl für eine Trennung als dauernden Zustand sich rechtfertigen lassen, nicht wohl am Platze erscheinen, so sehen wir doch, dass einzelne kantonale Rechte die weitgehendsten Folgen, auch für die Zeit der provisorischen Trennung zulassen. Die meisten Rechte gehen jedoch nicht soweit, sondern wollen eine vermögensrechtliche Auseinandersetzung nur mit definitiver Scheidung verbunden wissen.

Alle diese Rechte gehen von den Gedanken aus, dass die Trennung „gerade im Hinblick auf die Möglichkeit der Wiedervereinigung der Ehegatten als provisorisch ausgesprochen wird“ und deshalb „eine vollständige Tren-

[71]) Huber: a. a. O. Bd. I. S. 226 ff.

nung des Mannes- und Frauenvermögens als nicht gerechtfertigt" zu vermeiden sei.[72])

Die meisten Kantone, welche spezielle Bestimmungen für den Fall der provisorischen Scheidung aufgestellt haben, ordnen nicht ohne weiteres Auflösung des ehelichen Güterrechtssystems an, sondern überlassen es dem Gutachten des Richters oder begnügen sich auch mit der Sicherstellung des Frauengutes; während die Nutzniessung des Mannes am Frauenvermögen fortbesteht. — Nur die Rechte der Gruppe des C. c. fr. huldigen dem Satze (des C. c. fr.): „La séparation de corps emporte toujours séparation des biens." Ihnen schliessen sich die beiden deutschen Kantone Luzern und Obwalden an. — Genf und Tessin stimmen überein mit der Mehrzahl der deutschen Kantone, welche nur die notwendigsten vorläufigen Massregeln mit der provisorischen Scheidung verbinden wollen.[73])

Eine Vermögensauseinandersetzung im Falle der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft findet auf der Basis des ehelichen Güterrechtssystems statt.

Mit der Vermögensauseinandersetzung im engsten Zusammenhang steht die Frage des Unterhaltes der Ehefrau für die Zeit der Trennung. Die meisten Kantone wollen, wie oben gezeigt, eine Auseinandersetzung während des Provisoriums vermeiden, einzelne jedoch verlangen Sicherstellung des Frauenvermögens. Soweit also der Mann die Verwaltung des ganzen Vermögens in Händen hat, ist er auch verpflichtet, die ehelichen Lasten unverkürzt zu tragen. Wo dies nicht der Fall ist, wird es in der Regel dem Gerichte überlassen, nach freiem Ermessen, unter Berücksichtigung der Vermögens-, Einkommens- und Standesverhältnisse zu bestimmen, was der Mann während der Dauer der Trennung zum Unterhalt der Frau beizutragen hat. Im letzteren Falle ist der Mann allerdings nicht haftbar für die von der Frau während

[72]) Huber: a. a. O. Bd. I. S. 227.

[73]) Huber: a. a. O. S. 229 ff.

der Trennungszeit kontrahierten Schulden; er beschränkt sich auf Bezahlung der ihm auferlegten Beiträge.

b) Einwirkung auf das Erbrecht.

Die Scheidung von Tisch und Bett beeinflusst die Rechte ans Erbrecht keineswegs. Auch ein gegenseitiger Erbvertrag besteht mit seinen Wirkungen fort; wenn er nicht durch die Ehegatten selbst ausdrücklich widerrufen worden ist.

Im geltenden Rechte ist nur Luzern, welches nach § 24 des „Gesetzes über eheliche Vormundschaft" vom 10. März 1880 während der Dauer der provisorischen Scheidung die Ehegatten kein Erbrecht geniessen lässt.

3. Regelung und Verfügung betreffend die Kinder.

Anlangend die Art der Zuteilung der Kinder findet für Scheidung und Trennung das gleiche Prinzip Anwendung, trotzdem gewisse Momente auch für verschiedene Behandlung sprechen dürften. — In der Regel ist ausschlaggebend die Gewähr für die gute Erziehung, einige kantonale Gesetzesbestimmungen ziehen Schuld und Nichtschuld eines Ehegatten in Betracht, nur wenige berücksichtigen auch Geschlecht und Alter des Kindes. — Eine kleine Anzahl von Kantonen sprechen von einer späteren Aenderung des Urteils betreff dieser Folgen, falls die Verhältnisse sich anders gestalten sollten.

Was die Tragung der Kosten für Erziehung und Unterhalt der Kinder anbetrifft, so ist im allgemeinen folgendes zu sagen: der Charakter, den die provisorische Trennung im geltenden Recht an sich trägt, bringt es mit sich, dass regelmässig eine Ausscheidung der beidseitigen Vermögenskomplexe nicht stattfindet. Insoweit dies doch der Fall ist, wird die Frage, wer die Erziehungskosten zu tragen habe, einfach dahin entschieden werden, dass der Ehemann, der regelmässig das ganze eheliche Vermögen in seiner Verwaltung und Nutzniessung hat, für den Unterhalt von Frau und Kinder aufkommen muss.

Nur ganz wenige kantonale Rechte lassen stets Gütertrennung eintreten, wobei der Ehemann die Nutzniessung am Frauengute verliert. Daher soll der Richter bestimmen, welchen Beitrag der eine Ehegatte, dem die Kinder nicht anvertraut worden sind, an die Unterhaltungskosten zu zahlen habe.[74])

Glarus (B. G. 162 verordnet, der Richter soll, mit Rücksicht auf das Vermögen und den Erwerb der Ehegatten bestimmen, welchen Betrag der eine an den andern zum Unterhalt der Kinder zu leisten habe. Bei Ueberbindung der Unterhaltskosten kann massgebend sein die ökonomische Leistungsfähigkeit der Eltern, so dass jeder im Verhältnis seiner finanziellen Kraft beizutragen hat (wie es der Fall ist in Wallis und Solothurn), oder aber der Richter entscheidet nach dem Grade des Verschuldens, wieviel jeder Teil zu tragen habe.

Dies letztere ist der Fall bei den Rechten des Code civil français. In der Regel bestimmt das Gericht von Amtswegen, welchen Beitrag an die Erziehungskosten der eine Ehegatte an den andern, dem die Kinder anvertraut sind, zu zahlen habe, oder in welchem Verhältnis beide Ehegatten diese Kosten zu bestreiten haben.

III. Teil.

§ 3. **Das Verfahren.**

Das Bundesgesetz enthält über das Verfahren im Scheidungsprozesse keine besonderen Bestimmungen, sondern überlässt dasselbe der kantonalen Gesetzgebung. Die einzige bundesgesetzliche Bestimmung über das Verfahren enthält der Art. 44, welcher die vorläufigen Massregeln bespricht, die der Richter zur Anwendung bringen kann, nachdem eine Klage auf Trennung erhoben ist.

[74]) Huber a. a. O. Bd. I. S. 229 (Luzern und Obwalden).

Eine indirekte bundesgesetzliche Einschränkung des kantonalen Verfahrens lässt sich noch darin erblicken, dass das Bundesgesetz eine Scheidung von Tisch und Bett nur bei Vorhandensein eines im Art. 47 enthaltenen Scheidungsgrundes gestattet, wobei aber der Scheidungsgrund, wie Salis[75]) sagt, eine der „Wirklichkeit" angehörende Tatsache sein muss. „Damit ist auch die Richtung des Beweises in Ehescheidungssachen bezeichnet. Dasjenige kantonale Beweisverfahren ist bundesrechtlich nicht zu Recht bestehend, nach welchem jede vom Gegner zugestandene oder nicht widersprochene tatsächliche Behauptung schon an und für sich als wahr und bewiesen angenommen wird; vielmehr muss jedes tatsächliche Vorbringen dem Richter als „wirklich geschehen" nachgewiesen werden. Dass hierdurch der kantonalen Prozess-Gesetzgebung eine Schranke gesetzt ist, ist richtig; sie ist aber bundesrechtlich gerechtfertigt, weil sonst der kantonale Gesetzgeber auf indirektem Wege die Ehescheidungsgründe ausdehnen und vermehren könnte."

---

[75]) Salis, Ehescheidungs- und Ehenichtigkeitssachen von Ausländern in der Schweiz. S. 123, Anm. 6.

III. Abschnitt.

Die Trennung der Ehe nach den Bestimmungen des Entwurfes zu einem schweiz. Zivilgesetzbuche.

Einleitung.

Die Ehe ist mehr ein sittliches als rechtliches Institut. Es wird nie möglich sein, durch Gesetzesvorschriften alle Rechte und Pflichten, die das Wesen der Ehe in sich schliesst, zu normieren und zu statuieren und ebenso wird es unmöglich sein, durch rein rechtliche Normen die sittliche Würde der Ehe aufrecht zu erhalten; denn „das Recht ordnet hier eine Materie, die mit der individuellen Sittlichkeit und der guten Sitte in ganz besonderer Innigkeit verbunden ist und das religiöse Band nicht zu leugnen vermag, so sehr der Staat auch sein Recht für die verschiedenen religiösen Bekenntnisse in gleichmässiger Unparteilichkeit zu schaffen hat.[76]) Ist dieses letztere Prinzip im Ehescheidungsrecht des Entwurfes auch nicht zur vollen Anerkennung gelangt, so sind doch die dahingehenden Bestrebungen nicht zu leugnen und, wenn auch in der Hauptsache das geltende Recht mit hinübergenommen wurde, so hat sich der Entwurf doch insofern einigermassen der kanonisch-rechtlichen Auffassung von der Ehe und deren Auflösung genähert, als das Institut der Trennung besondere Berücksichtigung erfuhr; allerdings nicht in jenem Masse, wie es vielerseits erwartet wurde; denn die Gegner des Institutes der Trennung

[76]) Siehe Huber: Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartements. Bern 1902.

wussten durch die Einschränkung des Art. 155, dessen Inhalt wir später noch näher kennen lernen werden, die Errungenschaft auf ein Minimum herabzudrücken.

I. Teil.

§ 1. Voraussetzungen der Trennung und allgemeiner Teil.

I. Trennungsgründe.

Die Gründe für die Trennung sind ganz die gleichen, wie für die Scheidung, nur die Folgerung daraus ist eine andere.

Unsere drei hier behandelten Gesetzgebungen stellen sich zu der Frage, aus welchen Gründen eine Trennung der Ehegatten zulässig sein soll, sehr verschieden. Im Gegensatz einerseits zur gegenwärtigen Rechtsauffassung, die wir bereits kennen, und andererseits in Annäherung an das kanonische Recht, lässt der Entwurf in allen Fällen, in denen die Scheidung begründet ist, auch die Trennung von Tisch und Bett zu. Im Allgemeinen hat er sich aber bei Aufstellung der Scheidungsgründe an das geltende Recht angeschlossen. Er unterscheidet ebenfalls spezielle und generelle Scheidungsgründe (Art. 144 bis 149).

Die speziellen sind fast durchweg die gleichen geblieben wie im geltenden Recht. Im Vorentwurf von 1896 wurden die Sittlichkeitsverbrechen dem Ehebruch gleichgestellt; man fand aber doch, es sei zu weit gegangen, diese Verbrechen mit dem Ehebruch auf gleiche Stufe zu stellen und liess diese Bestimmung daher in der Folge wieder fallen. Eine wichtige Neuerung bringt Art. 146 des Entwurfes mit sich. Er fügt einen neuen Scheidungsgrund hinzu, nämlich unehrenhaften Lebenswandel, und stellt

bei Begehung eines Verbrechens, nicht wie bisher, die Strafe, sondern die Tat selbst als Scheidungsgrund auf. Ferner ist auch der Scheidungsgrund der „Ehrverletzung" näher präzisiert worden: eine Verletzung der Ehre soll nur dann zur Scheidung berechtigen, wenn infolgedessen die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft dem andern Ehegatten nicht mehr zugemutet werden darf.

Verschiedene Stadien der Entwicklung durchwanderte der Scheidungsgrund der böslichen Verlassung (Art. 147 des Entwurfes). Auf Verlangen des klageberechtigten Ehegatten muss der Richter den abwesenden Ehegatten auffordern, innert 6 Monaten zurückzukehren. Diese Aufforderung zur Rückkehr wird durch das Gericht erlassen auf Begehren einer Partei.

Erst im Laufe der Beratungen kam man zu dieser Fassung des Art. 147, der Vorentwurf von 1900 schrieb nur ein Jahr vor für die Nichtwiederkehr eines Ehegatten; es durfte aber auch über die Klage erst nach Ablauf eines Jahres seit ihrer Anbringung entschieden werden. — Falls Aussicht auf Wiedervereinigung vorhanden war, sollte der Richter dreimal in angemessenen Zwischenräumen, nötigenfalls öffentlich, den abwesenden Ehegatten zur Rückkehr auffordern (Art. 162, 2).

Der Scheidungsgrund der Geisteskrankheit ist etwas modifiziert wiedergegeben. Abweichend vom geltenden Bundesrecht und auch vom Vorentwurf von 1900, wird die Geisteskrankheit, auch wenn sie unheilbar ist und 3 Jahre gedauert hat, nicht unter allen Umständen als Scheidungsgrund betrachtet, sondern nur dann, wenn sie einen solchen Grad erreicht hat, dass dem andern Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf. Es gibt Fälle von Geisteskrankheit, bei denen eine wesentliche Beeinflussung der ehelichen Gemeinschaft nicht vorhanden und nicht zu befürchten ist. Solche Fälle werden also nicht als Scheidungsgrund im Sinne des Entwurfes anerkannt.[77])

[77]) Vergl. Erläuterungen zum Vorentwurf. S. 131.

Es ist nicht zu verkennen, dass die Ehe auch aus andern Gründen als den bisher bezeichneten ebensosehr, ja noch mehr zerrüttet sein kann. Es ist wohl möglich, dass durch fortgesetzte Abneigung und Zanksucht, durch absichtliche Entziehung des notwendigen Unterhaltes, durch hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht, durch Handlungen, die das Leben und die Gesundheit eines Ehegatten bedrohen usf., die Pflichten, welche die Ehegatten gegen einander haben, aufs gröbste verletzt werden und ein Zustand herbeigeführt wird, in welchem eine Ehe weit mehr zerrüttet ist als bei Vorhandensein irgend eines absoluten Scheidungsgrundes.[78]) — Dass man aber bei Aufstellung eines allgemein gehaltenen Scheidungsgrundes sehr vorsichtig sein muss, wenn man damit nicht der Häufigkeit von Scheidungen geradezu Vorschub leisten will, hat die Erfahrung mit dem Art. 47 des geltenden Rechtes zur Genüge gelehrt.

Es ist dabei nicht zu umgehen, dass dem Ermessen des Richters ein grosser Spielraum gelassen wird.

Eine richtige Fassung für diesen Artikel zu finden, war nun allerdings keine kleine Schwierigkeit.

Das geltende Bundesrecht hat 2 Formen für die allgemeine Scheidungsklausel: Art. 45 und 47. Die Unsicherheit der Praxis, welche daraus erwachsen war, veranlasste den Entwurf zu einer neuen Redaktion. Das beidseitige Begehren der Ehegatten sollte nicht mehr so sehr als Scheidungsgrund in den Vordergrund treten; auch das gemeinsame Begehren soll in derselben Weise begründet werden müssen wie das einseitige.

Anschliessend an das geltende Recht einfach auf die „tiefe Zerrüttung" abzustellen, schien zu unklar und zu undeutlich und auch die „Unverträglichkeit mit dem Wesen der Ehe", von der Art. 45 des Bundesgesetzes spricht, war zu unbestimmt.[79] In einem früheren Entwurf war

[78]) Vergl. auch Erläuterungen zum Vorentwurf. S. 132 ff.

[79]) Vergl. auch Erläuterungen zum Vorentwurf. S. 133 und amtl. stenograph. Bulletin von 1905. S. 539.

nun folgende Formulierung angenommen: „Ist eine tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten, so kann der Ehegatte, der darzutun vermag, dass die Schuld der Zerrüttung wesentlich beim andern Ehegatten liegt, jederzeit, solange dieser Zustand dauert, auf Scheidung klagen, vorausgesetzt, dass die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft seine körperliche oder geistige Gesundheit nach dem Zeugnis von 2 Sachverständigen einer schweren Gefahr aussetzen würde. Stimmt der andere Ehegatte dem Scheidungsbegehren zu, so ist der Nachweis für die Gefahr der Gesundheit nicht notwendig."

Aber auch diese Fassung fand keinen Anklang, weil dem Richter, insofern er auf die Beurteilung der Sache durch Sachverständige angewiesen, das freie Ermessen entzogen würde und weil auch die Beurteilung der Gefahr für die geistige oder körperliche Gesundheit zu unsicher wäre.[80]) — Der jetzige Entwurf hat analog den andern relativen Scheidungsgründen auch für die Generalklausel die Formel aufgestellt, durch welche zur Voraussetzung gemacht wird, „dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf." Das ist die Direktive, die dem freien richterlichen Ermessen zur Seite gestellt wird. Art. 149 des Entwurfes hat nun folgenden Wortlaut: „Ist eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten, dass den Gatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf, so können beide Ehegatten die Scheidung begehren.

Ist die tiefe Zerrüttung vorwiegend der Schuld des einen Ehegatten zuzuschreiben, so kann nur der andere Ehegatte die Scheidung begehren."

Man kann sich des Eindruckes nicht erwehren, dass eine solche Fassung der Generalklausel dem richterlichen Ermessen zuviel zumute und für die Gleichmässigkeit der

---

[80]) Siehe Anmerkung 78.

Anwendung dieses Scheidungsgrundes gefährlich sei. — Müsste es als eine schmerzlich zu empfindende und unerträgliche Einschränkung der Generalklausel betrachtet werden, wenn dem Richter durch nähere Präzisierung derselben gewisse Anhaltspunkte geboten würden? Oder würde nicht das Interesse, das der aus Art. 149 beklagte Ehegatte an der Abweisung der Klage hat, es rechtfertigen, dass der Kläger, der sein Begehren auf die subjektive Anschauung stützt, die Fortsetzung der Ehe könne ihm wegen tiefer Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse nicht mehr zugemutet werden, beweise, dass seine Klage sich auf ein Verschulden des beklagten Ehegatten stütze, welche einer schweren Verletzung der ehelichen Pflichten oder mindestens einem den allgemeinen sittlichen Anschauungen zuwiderlaufenden Verhalten desselben entspringe?[81]) -- Es wird für den Richter immer eine schwierige Aufgabe sein, in jedem Fall mit Sicherheit zu konstatieren, ob vom subjektiven Standpunkt des klagenden Ehegatten eine Ehe derart zerrüttet ist, dass ihm die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft mit dem andern nicht mehr zugemutet werden kann. Es wird daher gerade in solchen Fällen in erhöhtem Masse am Platze sein, das Institut der Trennung recht häufig zur Anwendung zu bringen. Abt bringt diesen Gedanken in folgenden Worten zum Ausdruck: „Wenn wir also die Notwendigkeit eines allgemein gehaltenen Scheidungsgrundes, der nicht genau in einen bestimmten Tatbestand gefasst werden kann, zugeben müssen, so muss andererseits das Institut der zeitweiligen Trennung als ein vorzügliches Mittel zur Sühne und zum Insichgehen für die Ehegatten, das nötige Korrektiv dazu bilden. Das ist aber nur möglich", fügt er noch bei, „wenn es auch bei beidseitigem Scheidungsbegehren zulässig ist."[82])

In bezug auf das zweiseitige Begehren, wird von dem Richter bei der Frage, ob die Ehe vom subjektiven

81) Siehe Anmerkung 79.

82) Hans Abt i. d. schweiz. Rundschau 1900/1901. Heft I. S. 31.

Standpunkt des klagenden wirklich als zerrüttet anzusehen sei, insbesondere zu berücksichtigen sein, ob der klagende Gatte den zur Begründung der Trennung vorgebrachten Handlungen zugestimmt oder dabei mitgewirkt hat. — Es ist aber auch noch zu bemerken, dass nach dem vom Entwurf anerkannten Grundsatze über die Unzulässigkeit der Kompensation, das Klagerecht eines Ehegatten nicht dadurch verloren geht, dass er in gleicher Weise wie der andere an der allgemeinen Zerrüttung Schuld trägt, also des gleichen die Trennung begründenden Verhaltens sich schuldig gemacht hat.[83])

Dem kanonischen Recht ist eine solche Generalklausel fremd; desgleichen der Scheidungsgrund wegen Verbrechen oder unehrenhaftem Lebenswandel. Dagegen ist auch im kanonischen Recht die herkömmliche Aufzählung der Gründe für die Separatio quoad torum et mensam nicht eine taxative, sondern das richterliche Ermessen hat hier grossen Spielraum, weshalb das Konzil von Trient sagt, die Separation sei zulässig „ob multas causas". Als bestimmte Scheidungsgründe hat das kanonische mit dem geltenden Recht und Entwurf gemeinsam den Ehebruch, Nachstellung nach dem Leben und die bösliche Verlassung, fügt aber noch bei den Abfall vom Glauben und die Gefahr für das Seelenheil. Es unterscheidet sich hingegen wesentlich vom Entwurf dadurch, dass es nur beim Ehebruch eine dauernde Trennung von Tisch und Bett zulässt, bei allen übrigen Scheidungsgründen nur eine zeitweilige Trennung kennt.

Die Gründe, aus welchen die Trennung wegen Verschuldens zugelassen ist, werden eingeteilt in absolute und relative. Die erstern gewähren ein unbedingtes Recht auf Trennung oder Scheidung; die andern berechtigen nur dann dazu, wenn das schuldhafte Verhalten

[83]) Man verweist auf die eingehenden Erörterungen über die Ehescheidungsgründe in der Broschüre von U. Lampert: „Zur Beurteilung des persönlichen Eherechts im Vorentwurf eines schweiz. Zivilgesetzbuches. Basel 1901. S. 34 ff.

eines Ehegatten eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses hervorgerufen hat, dass ihm die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf.

Absolute Scheidungsgründe sind nach Entwurf folgende: Ehebruch (Art. 144), Nachstellung nach dem Leben, schwere Misshandlung und Ehrenkränkung (Art. 145) und bösliche Verlassung (Art. 147).

Die relativen Scheidungsgründe sind sehr mannigfaltig. Der Entwurf hat davon nur einen Fall spezialisiert und zwar Verbrechen und unehrenhaften Lebenswandel (Art. 146); die übrigen fasst er zusammen in der sogenannten Generalklausel des Art. 149.

Ein weiterer relativer Scheidungsgrund ist unheilbare Geisteskrankheit (Art. 148). Er unterscheidet sich aber von den übrigen dadurch, dass er eine Ausnahme bildet von dem Prinzip des Verschuldens. Der Vorentwurf von 1900 hatte die unheilbare Geisteskrankheit zu den absoluten Scheidungsgründen gezählt.

II. Dauer der Trennung.

Der Entwurf geht von dem Grundsatze aus, falls der Richter auf Trennung erkenne, so sollen die Parteien nicht zeitlebens daran gebunden sein, es müsse vielmehr hier eine Grenze geben, über welche hinaus den Ehegattten nicht zugemutet werden dürfe, in diesem Trennungszustande fortzuleben. — Für die bestimmte Trennung ist die vom Richter festgesetzte Frist massgebend, welche nicht weniger als 1 Jahr und nicht mehr als 3 Jahre betragen darf (Art. 154, 1). Der Vorentwurf hatte das Minimum auf 6 Monate angesetzt (Art. 171, 1). — Auch die Trennung auf unbestimmte Zeit soll einmal beendigt werden können und zwar nach Ablauf von 3 Jahren. Die Dauer der Trennung bestimmt der Richter innert den gesetzlichen Schranken nach freiem Ermessen in Anbetracht der Verhältnisse.

Geht die Trennung auf bestimmte Zeit, so fällt sie nach Ablauf derselben einfach dahin und damit auch

die Folgen des richterlichen Trennungsurteils. Die Ehegatten können zwar zur Wiedervereinigung nicht gezwungen werden, es gibt auch keine Klage auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft, wie im kanonischen Recht, es kann aber gegen den die Wiedervereinigung verweigernden Ehegatten vom andern die Scheidungsklage mit Erfolg angewendet werden (Art. 154, 3 des Entwurfes).

Lautet aber die Trennung auf unbestimmte Zeit, so dauert dieselbe solange, als die Ehegatten es dabei bewenden lassen; nach Ablauf von 3 Jahren aber kann jeder die Scheidung verlangen. Die Einführung der Trennung auf unbestimmte Zeitdauer ist dem geltenden Recht gegenüber eine weittragende Neuerung, wodurch der Entwurf dem kanonischen Recht wiederum einen Schritt näher kommt. Bei Aufstellung der dreijährigen Frist hat sich der Entwurf wieder an das geltende Recht angeschlossen und zwar hat der Gesetzgeber dabei folgendermassen gerechnet: Nach dem gegenwärtigen Gesetz konnte auf Grund der clausula generalis Trennung auf 2 Jahre ausgesprochen werden; nach Ablauf dieser 2 Jahre konnte der Scheidungsprozess begonnen werden, für dessen Durchführung man eine Frist von einem Jahr annahm. Dies zusammen macht 3 Jahre, also gerade solange, als die Wartefrist nach geschiedener Ehe für den schuldigen Ehegatten (Art. 157).[84])

Wird die Ehe nach Ablauf der Trennung nun geschieden, so hat der Richter laut Art. 157 dem schuldigen Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe auf 1–3 Jahre zu untersagen. Damit nun aber zu der bereits verflossenen Zeit der Trennung nicht noch eine weitere 1–3jährige Ehelosigkeit hinzukomme, bestimmt Art. 157, Al. 2 des Entwurfes ausdrücklich, dass die Dauer einer vorausgegangenen gerichtlichen Trennung in diese Frist einzurechnen sei.

[84]) Siehe auch: Hoffmann im amtl. stenograph. Bulletin der schweiz. Bundesversammlung. Jahr 1905. S. 1027.

III. Die Klage.

Die grosse Kluft, welche zwischen dem kanonischen und geltenden Recht dadurch entstanden war, dass letzteres ein besonderes, dem kanonischen Recht durchaus fremdes und widersprechendes Ehescheidungsrecht eingeführt hatte, suchte der Entwurf einigermassen zu überbrücken, indem er eine Klage auf Trennung der Ehegatten einführte. Und zwar ist die Klage auf Trennung nicht beschränkt auf die Generalklausel. Der Entwurf hat diese Einschränkung des geltenden Rechtes gründlich beseitigt, indem er die Disposition der Parteien über ihre Anträge nicht willkürlich verhindert, sondern ihnen frei gestattet, in jedem Fall auf Scheidung oder Trennung zu klagen. Der Entwurf kommt auch hierin wiederum dem kanonischen Recht einen Schritt näher, indem er die Berechtigung auf Trennung zu klagen, auf sämtliche Scheidungsgründe ausdehnt, so dass jeder Grund, der zur Scheidung berechtigt, auch Grund ist, die blosse Trennung zu verlangen. — Begründet wird diese Klage durch einen der gesetzlichen Scheidungsgründe. Klageberechtigt ist zunächst nur derjenige Ehegatte, der schuldlos ist (Art. 144—148), nur im Falle des Art. 149, der tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, können beide klagen, wenn nicht die tiefe Zerrüttung vorwiegend der Schuld des einen zuzuschreiben ist. — Bei böslicher Verlassung kann die Klage erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist und, wenn der klageberechtigte Ehegatte eine richterliche Aufforderung zur Rückkehr begehrt hat, erst nach Verlauf weiterer 6 Monate angebracht werden. Im geltenden Recht war man nicht einig, ob diese 6monatliche Frist in die 2 Jahre einzurechnen seien oder nicht. Aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich dies nicht genau ersehen. Um dieser Kontroverse ein Ende zu machen, führte der Entwurf den Abs. 2 zu Art. 147 ein, welcher unzweideutig bestimmt, dass über die Klage erst nach Ablauf dieser weiteren Frist, d. h. also erst nach 2½ Jahren, entschieden werden dürfe.

Das Recht auf Trennung zu klagen erlischt unter gewissen Voraussetzungen und zwar:

a. Durch Zeitablauf.

Bei Ehebruch, Nachstellung nach dem Leben, Misshandlung und Ehrenkränkung, also bei Zutreffen eines Scheidungsgrundes der Art. 144 und 145, verjährt das Klagerecht mit Ablauf von 6 Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Ehegatte von dem Scheidungsgrunde Kenntnis erlangt hat. — Sind aber seit dem Eintritt des Scheidungsgrundes 5 Jahre verflossen, so ist eine darauf bezügliche Klage überhaupt ausgeschlossen. — Ob und inwiefern die Klagefrist durch rechtliche, prozessuale Handlungen beeinflusst werde, hängt von dem kantonalen Zivilprozessverfahren ab. — Die Klage verjährt nicht bei böslicher Verlassung; vielmehr kann der verlassene Ehegatte, solange als dieser Zustand dauert, auf Trennung klagen. Ferner ist für die Art. 146, 148 und 149 keine Verjährungszeit vorgeschrieben; d. h. wenn ein Ehegatte ein entehrendes Verbrechen begangen hat, einen unehrenhaften Lebenswandel führt oder wenn eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten ist, dass die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft dem andern nicht zugemutet werden kann, so kann dieser jederzeit auf Trennung klagen; ebenso wenn die Geisteskrankheit des andern Gatten bereits 3 Jahre gedauert und von Sachverständigen als unheilbar erklärt worden ist.

b. Durch Zustimmung:

Dadurch, dass ein Ehegatte einer Handlung des andern, die an und für sich das Recht, eine Trennungsklage anzustellen, begründen würde, zustimmt oder sich an derselben beteiligt, wird das Klagerecht ausgeschlossen (Art. 144 und 145). Es entspricht dies dem allgemeinen Grundsatz, dass niemand aus einer gemeinschaftlich ausgeführten rechtswidrigen Handlung Rechte ableiten kann gegen seinen Teilnehmer. — Dieser Stand-

punkt des Entwurfes steht im Einklang mit dem kanonischen Recht.

Bei dem Kompensationsprinzip handelt es sich darum, dass ein beiden Gatten zustehendes Recht auf Trennung durch das wechselseitige Verschulden aufgehoben wird. — Bei der Zustimmung aber handelt es sich um eine rechtshindernde Einrede, welche das Entstehen des Rechtes auf Trennung auf Seiten des Klägers von vornherein ausschliesst. — Wo aber Zustimmung zu einer ehewidrigen Handlung des Mitgatten vorhanden ist, da kann vom subjektiven Standpunkt des die Handlung billigenden Gatten die eheliche Gesinnung nicht gestört und die Fortsetzung der Ehe nicht unerträglich geworden sein. — Die Zustimmung kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Es genügt, wenn der Ehegatte sein Einverständnis zu der fraglichen Handlung kund gegeben hat. Sie kann aber auch in der direkten Anstiftung oder durch Anstiften eines dritten bewirkt werden.

c. Durch Verzeihung.

Auch die Bestimmung, dass das Klagerecht ausgeschlossen ist, wenn der berechtigte Ehegatte die das Recht begründende Handlung verziehen hat, steht mit dem katholischen Eherecht im Einklang. Der Entwurf beschränkt sich aber auf die „ausdrückliche" Verzeihung.[85])

Ob die Verzeihung vor oder nach Anhebung der Klage erfolgt, ist gleichgültig.

Ob oder inwiefern die Leistung der ehelichen Pflicht nach erlangter Kenntnis des Scheidungsgrundes eine ausdrückliche Verzeihung in sich schliesse, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Eine positive Vorschrift enthält der Entwurf nicht. Für den rechtlichen Charakter der Verzeihung bildet es keinen Unterschied, ob der verzeihende Ehegatte wusste, ob die von ihm verziehene Handlung ein Scheidungsgrund war oder nicht;

---

[85]) „Ausdrücklich" fällt nach den jüngsten definitiven Beschlüssen nun weg.

denn durch den Akt der Verzeihung gibt der verletzte Ehegatte zu erkennen, dass er die Ehe nicht als zerrüttet betrachte, wenigstens von seinem subjektiven Standpunkte aus nicht. Dies gilt auf jeden Fall für die relativen Scheidungsgründe; denn die Klausel derselben (Art. 146, 148, 149), dass die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft ihm nicht zugemutet werden dürfe, ist auf den Verzeihenden nicht mehr anwendbar. Für die absoluten Scheidungsgründe muss ausdrücklich bestimmt werden, ob die Verzeihung den Verlust des Klagerechtes bewirke.

c. Durch Verzicht:

Der Entwurf enthält zwar keine Bestimmungen darüber, ob auf die Klage rechtsgültig verzichtet werden könne. Da jedoch ein Verzicht bei ausdrücklicher Verzeihung möglich ist, diese aber immer einen Verzicht in sich schliesst, so muss angenommen werden, dass unter diesen Voraussetzungen auch ein Verzicht auf das Klagerecht rechtsgeschäftlich zulässig ist.

IV. Der Gerichtsstand.

Der Vorentwurf von 1900 hatte die Frage der Zuständigkeit ausführlich in 2 Artikeln geregelt. — In Art. 166 stellt er den Gerichtsstand für Schweizer, in Art. 167 für Ausländer, fest. — Der neueste Entwurf konnte sich kürzer fassen. Für Schweizer in der Heimat gilt das forum domicilii (Art. 151). Die Frage der Zuständigkeit, respektiv „des Geltungsbereiches der Gesetze auf dem Gebiete der Ehescheidung und Trennung von Tisch und Bett" wurde eingehend durch die bereits genannte internationale Haager-Konvention geregelt.

Die Behandlung dieser Frage ist natürlich hier nur insofern von Interesse, als spezielle Bestimmungen für die Trenunng von Tisch und Bett gelten oder eine Aenderung dem geltenden Rechte gegenüber zu verzeichnen ist. — Nur soweit wollen wir sie hier auch berücksichtigen.

Die genannten Vereinbarungen im Haag beruhen auf einem Kompromiss, zu welchem die Staaten infolge der

sich immer mehr fühlbar machenden Rechtsunsicherheit und Rechtsverschiedenheit auf dem Gebiete der Scheidungen sich gedrängt fühlten. Es wurde durch dieses Uebereinkommen eine gewisse Einheit und Klarheit auf diesem vielgestaltigen und vielfach unsicheren Rechtsgebiete geschaffen. — Dies konnte natürlich nicht anders geschehen, als dass von den einzelnen Staaten im Interesse der allgemeinen Regelung gewisse Zugeständnisse gemacht wurden, welche ihrerseits wiederum teilweises Abweichen von prinzipiellen Rechtsanschauungen beanspruchten.

Unser Entwurf ist den genannten Bestrebungen, im Gegensatz zum geltenden Recht und den Bestimmungen des Vorentwurfes, in weitestem Masse entgegengekommen; indem er einerseits die hemmenden und vielumstrittenen Art. 43 und 56 des Bundesgesetzes betreff Ehescheidung fallen lässt und das Recht gewährt, auf blosse Trennung zu klagen, andererseits das Territorialitätsprinzip an Stelle des Nationalitätsprinzips gesetzt hat.

Das Haager-Abkommen stellt zwar den Gerichtsstand der Heimat in erster Linie als Klageforum auf, ohne aber das Territorialitätsprinzip auszuschliessen, macht ihm vielmehr sehr weitgehende Konzessionen.

Demnach können im zukünftigen durch die Bestimmungen der Haager-Konvention modifizierten Rechte auch Schweizer im Auslande, d. h. in allen der Konvention beigetretenen Staaten, auf Scheidung oder auch auf Trennung klagen, vorausgesetzt, dass in dem betreffenden Staate eine Klage auf blosse Trennung überhaupt zugelassen ist und dieselbe in dem zu beurteilenden Falle sowohl nach dem schweizerischen als auch nach dem Gesetze des Ortes, wo geklagt wird, durch einen Scheidungsgrund begründet werden kann. Dabei ist aber nicht notwendig, dass er für beide Staaten der gleiche sei, es genügt, dass nach dem örtlichen Gesetz ein Scheidungsgrund vorliege und dass die Klage auf Trennung in der Heimat ebenfalls mit irgend einem andern Grund geltend gemacht werden kann (z. B. Ehebruch nach dem einen — bösliche

Verlassung nach dem andern Gesetz) (Art. 2 des Abkommens).

Ausländer können in der Schweiz auf Trennung klagen, wenn das Gesetz ihres Heimatstaates ebenfalls eine Klage auf Trennung zulässt und das heimatliche Gericht sich zur Beurteilung von Trennungsklagen nicht für ausschliesslich kompetent erklärt. — Für den Fall, dass ein Ausländer in der Schweiz eine Trennungsklage anzubringen nicht berechtigt ist, etwa, weil die heimische Gerichtsbarkeit allein zur Beurteilung berufen ist, so kann er sich immerhin an das zuständige Gericht seines schweizerischen Wohnsitzes wenden, um die vorläufigen Massnahmen zu erwirken, die in der schweizerischen Gesetzgebung für die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gegeben sind (Art. 6). Werden dieselben alsdann innerhalb Jahresfrist vom Heimatsstaate bestätigt, so bleiben sie bestehen, wenn nicht, fallen sie dahin nach Ablauf der durch das Gesetz für sie bestimmten Zeit.

V. Das Urteil.

Eine Trennung von Tisch und Bett mit ihren gesetzlichen Wirkungen kann nur erfolgen auf Grund eines richterlichen Urteils. Ist aber ein Scheidungsgrund nachgewiesen, so ist der Richter verpflichtet, wenn eine oder beide Parteien auf Trennung klagen, die Trennung auszusprechen; darauf haben die Parteien ein gesetzliches Anrecht, welches ihnen durch den Art. 153, Alin. 1 und 2, gewährleistet ist. Verlangen die Parteien nur Trennung, so kann der Richter nur auf Trennung erkennen. — Anders verhält sich die Sache, wenn auf Scheidung geklagt wird. Der Richter hat hier freie Hand; er ist nicht gezwungen, dem Begehren der Parteien zu entsprechen; Art. 153, Alin. 3, räumt ihm vielmehr das Recht ein, selbst bei beidseitigem Scheidungsbegehren nur Trennung anzuordnen, wenn Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten vorhanden ist und zwar abweichend vom geltenden Recht nicht nur auf Grund der Generalklausel,

sondern bei jedem Scheidungsgrunde. Dies ist eine weitgehende Konzession an die kanonisch rechtliche Auffassung der Ehescheidung. Dem richterlichen Ermessen ist dadurch ein weiter Spielraum eröffnet, der es ihm ermöglicht, den einzelnen Verhältnissen in weitem Masse gerecht zu werden. Der Art. 153 ist zwar im Laufe der Beratungen vielfach angefochten worden und hat auch verschiedene Veränderungen durchgemacht, bis er die jetzige Fassung erlangte. Der Vorentwurf von 1900 und der Entwurf von 1904 stimmen inhaltlich in diesem Artikel überein. Die Aenderung ist nur redaktionell. — In der Experten-Kommission zielte ein Antrag Lang dahin, dem Richter die Verpflichtung aufzuerlegen, bei Vorhandensein eines bestimmten Scheidungsgrundes zu scheiden. Der Antrag wurde aber mit 17 gegen 12 Stimmen verworfen und der Entwurf vorgezogen. Ferner fiel ein Antrag Schmid, welcher den Art. 170, 2 des Vorentwurfes dahin ändern wollte, dass, wenn der unschuldigere Teil nur Trennung verlange, auf Trennung erkannt werden sollte. — Im Schosse des Nationalrates hatte sich namentlich Abs. 3 des Art. 153 des Entwurfes noch verschiedene Aenderungen gefallen zu lassen. Eine erste Formulierung hiess: „Wenn einige Aussicht auf Wiedervereinigung vorhanden ist, so darf auf Trennung erkannt werden.“ Diese machte einer andern Platz, welche lautete: „Nur wenn jede Wiedervereinigung ausgeschlossen ist, darf auf Scheidung erkannt werden“, und diese musste endlich der jetzigen Fassung weichen.

Das Urteil auf Trennung tritt in Hinsicht der daran sich knüpfenden rechtlichen Folgen nach bestimmter Zeit in absolute Rechtskraft und steht daher im Gegensatz zum kanonisch rechtlichen Urteil, bei welchem durch den richterlichen Ausspruch die Trennung der Ehegatten nur zugelassen wird und wo das Urteil nie absolute Rechtskraft erlangt.

Da die zivilrechtlichen Wirkungen der Trennung sich mehrfach verschieden gestalten, je nachdem nur einer

oder beide Ehegatten als schuldig erkannt werden, so kann es, wenn auch der Entwurf darüber keine besondere Vorschrift aufstellt, offenbar, weil es Sache der kantonalen Zivilprozessordnung ist, doch keinem Zweifel unterliegen, dass der Richter im Urteile aussprechen muss, wer der schuldige Teil sei. Es geht dies übrigens indirekt aus verschiedenen Artikeln hervor (Art. 158, 2, 159 u. a.).

Ein Urteil wegen böslicher Verlassung darf nicht eher ausgesprochen werden, als bis die sechsmonatliche Frist, innert welcher der abwesende Ehegatte zurückzukehren öffentlich aufgefordert wurde, abgelaufen ist.

II. Teil.

§ 2. Die Wirkungen des Trennungsurteils.

Einleitung.

Die Ehe verbindet die Ehegatten zur unbedingten Gemeinschaftlichkeit aller Lebensbeziehungen, d. h. die Ehe ist, wie das römische Recht definiert: conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae divini et humani juris communicatio.[86]) Eine Auflösung dieser innigen Gemeinschaft soll daher soviel als möglich beschränkt werden, nicht nur aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, sondern auch im Interesse des Staates; denn die Ehe ist die Grundlage der Familie und damit auch der Gemeinde und des Staates. Sie schafft nicht bloss Beziehungen der Ehegatten untereinander, sondern auch zu den Kindern und Dritten gegenüber.

Es wird durch die Ehe ein Verhältnis geschaffen, das zwar vorzüglich sittlicher Natur ist, aber auch der rechtlichen Seite nicht entbehrt. Wenn daher der Entwurf dem sittlichen Grundgedanken des durch die Ehegatten begründeten Rechtsverhältnisses Ausdruck verleiht und seine Bedeutung mehr hervorhebt als das bestehende

[86]) L. c. 1. Dig. 23, 2.

Recht, so verbindet er damit zweifellos die Absicht, dadurch zu zeigen, dass die rechtlichen Vorschriften über die Wirkungen der Ehe erst in Verbindung mit der sittlichen Auffassung der Ehe ihren vollen Wert erhalten (Art. 166). Aus diesem Grunde ist es auch begreiflich, wenn der Gesetzgeber die aus dem Verhältnis der Ehegatten fliessenden Rechte und Pflichten nicht allzusehr spezialisiert. Dieselben ergeben sich grösstenteils von selbst aus dem Wesen der Ehe.

Die Wirkungen des Trennungsurteils sind natürlich ganz verschiedene, je nachdem man das Institut der Trennung als ein Mittel zur Verhinderung der Scheidung betrachtet, wie dies im kanonischen Recht der Fall ist, — oder als ein Vorbereitungsstadium derselben.

Nach dem Entwurfe erscheint das Institut der Trennung als ein Mittel, die Scheidung zu verhindern, wobei wir allerdings nicht die Motivierung Calonders[87]) zu Grunde legen dürfen, welcher offenbar von der Ansicht ausgeht, die Trennung sei nur ein Vorbereitungsstadium für die völlige Scheidung.[88])

Dass der Entwurf der ersteren Ansicht huldigt, geht deutlich hervor aus Art. 153; speziell aus Art. 153, Abs. 3, welcher dem Richter das Recht gibt, sogar bei beidseitigem Scheidungsbegehren unter gewissen Voraussetzungen nur auf Trennung zu erkennen.

Die Bestimmungen über die Wirkungen des Trennungsurteils sind im Entwurf nur sehr allgemein behandelt in den Artikeln 162 und 163.

Art. 162 spricht von dem Ermessen des Richters, über die Aufhebung oder Fortdauer des bisherigen ehelichen Güterstandes zu entscheiden und der Pflicht des

---

[87]) Calonder im Ständerat: Siehe amtl. stenograph. Bulletin der schweizer. Bundesversammlung. Sept./Okt. 1905. S. 1062.

[88]) Wir verweisen diesbezüglich auf die ausführliche Behandlung dieses Themas sub B. Verhältnis nach Ablauf der Trennungszeit. S. 86 u. ff.

Richters, auf Verlangen eines Ehegatten die Gütertrennung auf jeden Fall vorzunehmen.

Art. 163 behandelt das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern. Der Ehegatte, dem die Kinder nicht zugewiesen sind, ist zur Entrichtung eines seinen Verhältnissen entsprechenden Beitrages an die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung verpflichtet; andererseits steht ihm aber ein Recht auf Beibehaltung eines angemessenen persönlichen Verkehrs mit den Kindern zu.

Damit ist natürlich das Gebiet der Wirkungen des Trennungsurteils nicht erschöpft und würden diese Bestimmungen vielfach als unzureichend, eine Ergänzung fordern. Der Richter ist daher notwendig darauf angewiesen, sich anderweitig nach Ergänzungen im Gesetze umzusehen und in solchen Fällen ungenügender Anhaltspunkte der Art. 162 und 163 die Bestimmungen über Ehescheidung zu Rate zu ziehen und sie auch auf Fälle blosser Trennung anzuwenden, sofern dieselben nicht mit dem Charakter dieses Institutes im Widerspruch stehen.[89])

Im übrigen ist für eine den individuellen Verhältnissen entsprechende Durchführung dem Ermessen des Richters ein sehr weiter Spielraum gelassen, was ja schon durch die Materie an und für sich gerechtfertigt erscheint, da es dem Gesetzgeber unmöglich ist, in ein hier unbegrenztes Detail einzugehen und derartige wichtige familienrechtliche Fragen nicht schematisch abgeurteilt werden können.

Inwiefern nun durch die Trennung von Tisch und Bett, d. h. durch die Auflösung der ehelichen Gemeinschaft, die Rechtsverhältnisse der Ehegatten sich ändern, zu zeigen, ist der Zweck der folgenden Ausführungen.

Die Wirkungen des Trennungsurteils äussern sich nach drei Richtungen:

---

[89]) Namentlich, wenn es sich um dauernde Trennung handelt, können die Nebenfolgen der definitiven Scheidung — spez. soweit es vermögensrechtliche Verhältnisse betrifft, analog auf die Trennung angewendet werden.

1. In Bezug auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten,
2. In Bezug auf die Vermögensrechte und
3. In Bezug auf die Kinder.

A. Rechtsverhältnis während der Trennungszeit.

1. Wirkungen des Trennungsurteils in Beziehung auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten.

Die Ehegatten sind für die Zeit der Trennung von der Pflicht des ehelichen Zusammenlebens entbunden. Im Gegensatz zum kanonischen Recht ist kein Ehegatte berechtigt, während der Dauer der bestimmten Trennungszeit oder vor Ablauf von 3 Jahren der unbestimmten, Wiederherstellung des ehelichen Lebens zu beanspruchen; während es den beiden getrennten Ehegatten aber jederzeit frei steht, ohne irgend welches richterliche Zutun, die eheliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen. Die Verweigerung der Herstellung des ehelichen Lebens ist nur insofern von rechtlicher Bedeutung, als sie nach Ablauf genannter Frist einen Scheidungsgrund bildet; allerdings nur dann, wenn die Verlassung böswillig ist. Es kann Gründe geben, welche die Weigerung der Wiedervereinigung rechtfertigen, so z. B. wenn der Unschuldige einer Lebensgefahr oder grober Misshandlung sich aussetzen müsste.

Während der Dauer der Trennung kann eine Klage auf Scheidung nicht angebracht, resp. erneuert werden, wenn nicht ein neuer Scheidungsgrund hinzugekommen ist; denn eine solche Scheidungsklage würde einerseits dem schon bestehenden rechtskräftigen Urteil entgegenstehen und andererseits überhaupt dem Wesen und Zweck der Trennung widerstreben.

Aus der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ergibt sich, dass die Frau während der Trennung das eheliche Domizil des Mannes nicht teilt, sondern während dieser Zeit ihr eigenes rechtliche Domizil hat und nicht unter der Autorität des Ehemannes steht. Letzterer verliert daher auch jeden Anspruch auf persönliche Dienst-

leistungen und die beidseitige Vertretungsbefugnis wird suspendiert.

Die Ehegatten bleiben sich indessen auch während der Trennung gegenseitig zu Beistand und ehelicher Treue verbunden[90]; Wiederverheiratung ist daher ausgeschlossen. Der Rechtssatz: „Pater est quem nuptiae demonstrant" behält seine volle Geltung (Art. 265). Die Präsumtion und deren Widerlegung ist die gleiche in allen drei Rechten.

Aus der Pflicht des ehelichen Beistandes ergibt sich die Notwendigkeit, dass der Mann auch während der Trennung für seine Frau zu sorgen hat; doch kann diese Pflicht die weitgehendsten Modifikationen erleiden. Es hängt dies ab von der Schuld oder Mitschuld des Mannes an der Trennung; von der Art des ehelichen Güterrechts und den richterlichen Anordnungen über Vermögensauseinandersetzung etc. (Art. 159).

Sowohl während der zeitlichen als dauernden Trennung behält die Frau auf jeden Fall den Stand des Mannes bei, wie sie ihn durch den Abschluss der Ehe erworben. Der Entwurf sagt zwar nichts darüber, für den speziellen Fall der blossen Trennung, Art. 156 jedoch gewährleistet ihr die Beibehaltung des Standes sogar nach völliger Scheidung, daher kann bei blosser Trennung von Standesverlust nicht die Rede sein. — Durch die Heirat erwirbt die Frau auch das Bürgerrecht des Mannes und wird dadurch Angehörige des Staates, dem ihr Mann angehört. Solange die Ehe aber besteht, — während der Trennung ist sie ja dem Bande nach nicht gelöst — ist kein Grund vorhanden, sie des angeheirateten Heimatrechtes verlustig gehen zu lassen. — Aus dem gleichen Grunde ist die Beibehaltung des Namens gerechtfertigt.

---

[90]) Nach heutiger Rechtsanschauung bildet diese Vorschrift mehr eine moralische Pflicht und äussert eine rechtliche Wirkung nur insofern, als eine Verletzung dieser Pflicht als Scheidungsgrund geltend gemacht werden kann. Vergl. Huber: System und Geschichte des schweiz. Privatrechtes I § 16.

2. Wirkungen des Urteils in Beziehung auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten.

a) Vermögensauseinandersetzung.

Der Entwurf bestimmt in Art. 162: „Werden die Ehegatten getrennt, so entscheidet der Richter unter Berücksichtigung der Dauer der Trennung und der Verhältnisse der Ehegatten über die Aufhebung oder Fortdauer des bisherigen Güterstandes.

Verlangt ein Ehegatte die Gütertrennung, so darf sie nicht verweigert werden."

Es bleibt also dem Richter überlassen, die Verhältnisse der Ehegatten nur insoweit umzugestalten, als es im einzelnen Falle seinem Ermessen unter Berücksichtigung der Dauer der Trennung zweckentsprechend erscheinen mag. Allerdings ist der Richter verpflichtet, Gütertrennung anzuordnen, wenn ein Ehegatte es verlangt. Ist dies aber nicht der Fall, so wird sich der Richter bei bloss zeitweiliger Trennung, und wenn keiner der Ehegatten es verlangt, in der Regel nicht dazu veranlasst sehen; es sei denn, dass ein besonderer Grund vorliegt (Art. 162).

Findet Gütertrennung statt, so zerfällt das eheliche Vermögen in das Eigengut des Mannes und das Eigengut der Frau, gleichgültig unter welchem Güterstande sich die Eheleute befinden (Art. 161).

Die Auflösung des Güterstandes vollzieht sich je nach der besonderen Art des ehelichen Güterrechts.

Da wir uns zur Aufgabe gemacht, nur die Trennung von Tisch und Bett zu behandeln, nehmen wir keine Veranlassung, die Liquidation des ehelichen Güterrechts hier zu behandeln, da dieselbe ganz die gleiche ist, wie bei der Ehescheidung und daher für die Trennung keine besonderen Regeln aufgestellt sind.

b) Entschädigung.

Ob einem Ehegatten eine Entschädigung zuzusprechen ist, wird regelmässig abhängig sein von der

Frage des Verschuldens und einer damit zusammenhängenden Beeinträchtigung der Vermögensrechte für den schuldlosen Ehegatten (Art. 158, 2). Je nach der Grösse dieser Beeinträchtigung einerseits und dem Masse der persönlichen Schuld andererseits, richtet sich natürlich auch die Grösse der Entschädigung. Zu berücksichtigen sind namentlich auch die ökonomischen Verhältnisse beider Ehegatten, insbesondere des schuldigen Teiles.

Die ökonomischen Verhältnisse können z. Zt. der Trennung derart sein, dass eine richtige und gerechte Ermittlung der Entschädigungssumme nicht möglich ist. In solchen Fällen kann der unschuldige Teil verlangen, dass der Richter das Mass der Entschädigung nur provisorisch bestimme und einen definitiven Entscheid erst fälle, wenn sich die ökonomischen Verhältnisse dementsprechend geändert haben.

Der schuldige Ehegatte kann z. B. z. Zeit der Urteilsfällung mittellos sein, später jedoch zu Vermögen kommen, sei es durch Erbschaft oder durch irgend andere Weise. Alsdann ist nicht einzusehen, warum der entschädigungsberechtigte Teil, vorausgesetzt, dass schon bei der Trennung sein Entschädigungsanspruch prinzipiell anerkannt wurde, derselbe aber nicht realisierbar war, nicht sollte darauf zurückkommen können. Indes ist unseres Erachtens, dabei sehr vorsichtig zu verfahren und wohl im Auge zu behalten, dass es sich nicht um eine definitive Scheidung, sondern um blosse Trennung handelt. Leicht könnte durch leichtfertige Anwendung solcher Massregeln die Erbitterung unter den Gatten gesteigert und so der Zweck der eigentlichen Trennung, eine Wiedervereinigung herbeizuführen, vereitelt werden.

Ausserdem kann dem schuldlosen Ehegatten, dessen persönliche Verhältnisse durch die Umstände, die zur Scheidung führten, schwer verletzt worden sind, noch eine Geldsumme als Genugtuung zugesprochen werden (Art. 158).

3. Regelung und Verfügung betreffend die Kinder.

Einleitung und allgemeine Grundsätze.

Der Entwurf fasst sich in der Bestimmung der Elternrechte sehr kurz. Und mit Recht überlässt er diese wichtige Materie dem Richter, auf dass er nach seinem Gutfinden und unter Berücksichtigung der verschiedenen Verhältnisse von Fall zu Fall entscheide und die nötigen Verfügungen treffe, „nach Anhörung der Eltern und nötigenfalls der Vormundschaftsbehörde“ (Art. 163).

Ein äusserst gefährliches Wagnis von unberechenbaren Folgen wäre es für den Gesetzgeber, hierin bestimmte, auf alle Fälle gleich anzuwendende Normen aufstellen zu wollen; denn jeden einzelnen Verhältnissen durch gesetzliche Bestimmungen und Verordnungen gerecht zu werden, ist unmöglich und mehr als einmal sind solche starre Formen des Gesetzes zur Grausamkeit geworden, indem der Richter dadurch gezwungen war, gegen seine bessere Einsicht, ein Urteil zu sprechen, dessen schlimme Folgen er voraussah.

In der Darstellung dieser Folgen können wir uns im allgemeinen kurz fassen, da sich in diesem Punkte die Trennung der Ehe von der Scheidung kaum unterscheidet.

Die Rechte und Pflichten der Eltern gegenüber den Kindern sind während der Trennung im wesentlichen die gleichen, wie vor derselben; die tatsächliche Ausübung der Rechte und die Erfüllung der Pflichten bedarf jedoch infolge der durch die Auflösung der ehelichen Gemeinschaft veränderten Verhältnisse im einzelnen Falle eine besondere Regelung; hauptsächlich in bezug auf die minderjährigen Kinder, die auf den Unterhalt von Seiten der Eltern angewiesen sind.

I. Einwirkungen der Trennung auf die **persönlichen** *Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern.*

a) Elterliche Gewalt.

Die Frage, wem die Kinder für die Dauer der Trennung, sei es für die ganze oder nur auf bestimmte Zeit,

anvertraut werden sollen, lässt sich von verschiedenen Gesichtspunkten aus verschieden beurteilen. Der Entwurf hat die Schwierigkeiten wohl eingesehen, die eine Formulierung von Direktiven im Gefolge haben würde und kam daher zu dem Resultate, die Entscheidung dieser bedeutungsvollen Frage dem freien Ermessen des Richters zu überlassen. Dadurch ist der Möglichkeit Raum gegeben, dass der einsichtsvolle Richter jeden einzelnen Fall so beurteilen und die Verhältnisse so gestalten kann, wie sie menschlicher Berechnung nach am geeignetsten erscheinen. „Immerhin, glaube ich", sagt Hoffmann[91]), „dass es als Wille des Gesetzgebers festgestellt werden darf, dass in allererster Linie das Wohl des Kindes entscheidend sein soll, d. h. dass die Garantie für eine richtige Erziehung der Kinder massgebend sein muss." — Und ebenso fügt der Redaktor des Entwurfes erläuternd zum Art. 163 bei:[92]) „Eine weitere Anweisung, dass die Kinder dem Teil zugewiesen werden sollen, der an der Trennung schuldlos sei, falls er für die Erziehung hinreichende Gewähr biete, wurde als selbstverständlich im richterlichen Ermessen mitenthalten, abgelehnt.[93]) Im Ermessen des Richters ist natürlich auch inbegriffen, dass die Zuweisung der Kinder, wie aus verschiedenen Stellen des Entwurfes deutlich hervorgeht, nicht notwendig so geschehen muss, dass einem Ehegatten alle überlassen werden müssten, sondern auch nur ein Teil zugesprochen werden kann. Endlich kann sie der Richter überhaupt keinem Elternteil zuweisen, wenn die notwendige Gewähr mangelt, sondern die Erziehung einem Dritten übertragen und die Eltern zu den dazu erforderlichen Erziehungs-

[91]) Amtl. stenograph. Bulletin der schweiz. Bundesversammlung. S. 1079.

[92]) Erläuterungen zum Vorentwurf. S. 139.

[93]) Unter gewissen Umständen kann die Frage der Zuteilung schon im Scheidungsgrunde gegeben sein; denken wir an Trennung wegen Geisteskrankheit oder böslicher Verlassung. — In solchen Fällen wird dem Richter die Wahl, wem die Kinder zur Erziehung zu übergeben seien, nicht schwer fallen.

kosten verurteilen. — Bei gemischten Ehen kann eventuell auch die Erwägung ratsam erscheinen, ob die Kinder nicht demjenigen Elternteil überlassen werden sollen, in dessen Religion sie erzogen sind.

Im übrigen ist noch zu bemerken, dass die Entscheidung über die Zuteilung der Kinder keine endgültige ist, sondern immer wieder bei veränderten Verhältnissen — Tod oder Wegzug eines Ehegatten u. dergl. andern Gründen[94]) — „auf Begehren der Vormundschaftsbehörde oder eines der Eltern" vom Richter den neuen Verhältnissen entsprechend abgeändert werden kann (Art. 164). Die Ehegatten können auch unter sich Vereinbarungen treffen, welche aber der richterlichen Genehmigung unterstehen (Art. 165, 5).

Die elterliche Gewalt wird in der Regel, solange die Trennung dauert, auf den Elternteil übertragen, dem die Kinder anvertraut worden sind (Art. 284, 3). Wenn also die Kinder der Mutter überwiesen werden, so geht die elterliche Gewalt in ihrem vollen Umfang auf letztere über; immerhin bleibt dem Ehegatten, der die Kinder nicht zur Erziehung erhalten, „ein Recht auf Beibehaltung eines angemessenen persönlichen Verkehrs" mit denselben. Können sich die Ehegatten über Art, Zeit und Ort des Verkehres nicht einigen, so bestimmt die Vormundschaftsbehörde das Notwendige. Der Richter kann den Verkehr, wenn Veranlassung vorliegt, auch beschränken oder ganz ausschliessen, je nach der Gestaltung der Verhältnisse. Sind die Kinder keinem der Eltern anvertraut, so geht die Vormundschaft auf einen Dritten über, dem sie von der Vormundschaftsbehörde zugewiesen worden ist.

b) Kostenbeitrag für Erziehung und Unterhalt der Kinder.

An der Verpflichtung der Eltern zum Unterhalt ihrer gemeinschaftlichen Kinder wird durch die Trennung

[94]) Solche Gründe können auch moralische sein. Unfähigkeit zur Erziehung, schlechter Lebenswandel etc.

grundsätzlich nichts geändert. Regelmässig hat derjenige Ehegatte, der die Kinder zur Erziehung und Ausbildung erhalten, auch die Kosten zu tragen; der andere Ehegatte aber, „dem die Kinder nicht zugewiesen sind, ist zur Entrichtung eines seinen Verhältnissen entsprechenden Beitrages an die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung verpflichtet“ (Art. 163, 2). Wenn schon dem Vater hauptsächlich die Pflicht obliegt, für den Unterhalt der Kinder zu sorgen, so kann doch die Ehefrau ebenso verpflichtet werden, an die Kosten des Unterhalts beizusteuern, im Falle die Kinder dem Vater zugewiesen sind. — Selbst, wenn die Kinder und mit ihnen die elterliche Gewalt, den Eltern völlig entzogen werden, so bleibt doch die Unterhaltspflicht bestehen; denn „durch die Entziehung der elterlichen Gewalt wird die Pflicht der Eltern, die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes zu tragen, nicht aufgehoben“ (Art. 300). Sie haben eben, wenn sie die Erziehung selber nicht mehr übernehmen können, die Kosten zu tragen, welche die Erziehung andererorts erfordert. — Elternpflichten werden den streitenden Teilen eben nur soweit abgenommen, als die Umstände erforderlich machen. Diese Pflichten sind an sich nicht ein blosses Correlat des Erziehungsrechtes, sondern dieses besteht vielmehr um jener Pflichten willen. — Der Beitrag soll den Verhältnissen eines Ehegatten entsprechend sich bemessen.

Bleibt dem einen Ehegatten nach der Trennung kein Vermögen mehr übrig, oder reicht sein Einkommen nicht aus, so muss der andere die Kosten der Kindererziehung allein tragen. — Sofern eine Vermögensauseinandersetzung nicht stattfindet, werden die Kosten aus der gemeinschaftlichen Vermögensmasse bestritten.

Es kann endlich, wie schon oben erwähnt, der Fall eintreten, dass bei veränderten Verhältnissen eine frühere richterliche Verfügung abgeändert wird und infolgedessen die Kinder, die vielleicht bisher der Mutter überlassen waren, dem Vater oder einem Dritten übergeben werden.

Mit einer solchen Umgestaltung ist ganz natürlich auch eine Veränderung der Unterstützungspflicht verbunden. Diese letztere ist daher ebenso der Möglichkeit einer nachträglichen Aenderung unterworfen, als das Urteil über die Zuteilung der Kinder selbst.[95])

II. Einwirkungen der Trennung auf die ***vermögensrechtlichen*** *Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern.*

Rechte am Kindesvermögen.

Trotz der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und der gerichtlichen Gütertrennung, können die Vermögensrechte der Eltern am Kindesvermögen fortbestehen. Selbst bei Entziehung der elterlichen Gewalt geht die Nutzung nicht verloren, wenn die Eltern kein Verschulden trifft[96]), sondern nur die Verwaltung (Art. 301 und 302).

Werden aber einem Ehegatten infolge verschuldeter Trennung die Rechte der Vormundschaft, d. h. die elterliche Gewalt über die Kinder entzogen, so verliert er damit auch die Nutzung am Kindervermögen (Art. 308, Abs. 2). Indessen reicht aber nicht jedes Verschulden, das die Ursache der Trennung sein kann, hin zur Entziehung der elterlichen Gewalt. — Zugleich gehen diese Rechte und Pflichten in ihrem ganzen Umfang auf denjenigen Elternteil über, dem die elterliche Gewalt durch Zuweisung der Kinder übertragen wurde. Wird wegen Verschulden beider Eltern die elterliche Gewalt entzogen, so haben sie das Kindesvermögen auf Grund einer Abrechnung dem Vormund herauszugeben. Die Restitutionspflicht richtet sich nach den Artikeln 742 und 744; d. h. die Verantwortung ist gleich derjenigen eines Nutzniessers. Was in guten Treuen und befugtermassen für das Kind verwendet worden ist, ist nicht zu ersetzen. Für gutgläubige Veräusserungen ist der erzielte Preis

---

[95]) Willwoll: a. a. O. S. 89.

[96]) Z. B. Entzug der elterlichen Gewalt wegen Geisteskrankheit der Mutter nach dem Tode des Vaters dessen Vermögen den Kindern zugefallen ist.

zu erstatten. Der Ertrag des Kindesvermögens fällt dem Ehegatten zu, der die Erziehungskosten des Kindes zu tragen hat, dieser ist aber verpflichtet, diese Nutzniessungsfrüchte, soweit als notwendig für den Unterhalt und die Erziehung zu verwenden.

B. Das in Art. 155 des Entwurfes geregelte Verhältnis nach Ablauf der Trennungszeit und dessen Entwicklung seit dem Vorentwurf von 1900.

Betrachtet man die Regelung des Institutes der Trennung, so wie sie uns im Vorentwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartementes vom Jahre 1900 vorliegt, so lässt sich ohne weiteres die offenkundige Tendenz erblicken, die blosse Trennung von Tisch und Bett in weit ausgedehnterem Masse zur Anwendung zu bringen als dies nach dem bisherigen Gesetz möglich war. Sie will die Scheidung soviel als möglich durch Trennung ersetzen.[97]) Wir brauchen nur auf Art. 165 zu verweisen, durch den die Klage auf Trennung eingeführt wird und der auf diesem Gebiete dem geltenden Recht oder besser gesagt, der bundesgerichtlichen Interpretation des heutigen Rechtes gegenüber eine überaus wichtige Neuerung bedeutet und für das ganze Ehescheidungsrecht von eminenter Bedeutung ist. Vor allem auch deshalb, weil er endlich die Schranke niedergerissen, welche die Parteien bisher verhinderte, ihr Klagebegehren nach freiem Willen auf Scheidung oder Trennung zu richten. Selbst bei zweiseitigem Scheidungsbegehren ist der Richter berechtigt, die Trennung auszusprechen, wenn nur einige Aussicht auf Wiedervereinigung der Ehegatten vorhanden ist.

Nicht weniger wichtig und für die Tendenz des Entwurfes charakteristisch ist der Inhalt des Art. 170 (Vorentwurf), welcher in Ausführung des Art. 165 die Trennung näher bestimmt und die Möglichkeit gewährt, sie

[97]) Siehe auch Brenner: Amtl. stenograph. Bulletin der schweiz. Bundesversammlung. S. 1063. — Erläuterungen zum Vorentwurf von 1900. S. 137.

zum dauernden Zustand zu gestalten. Dazu kommt noch, dass eine Klage, resp. eine Erkanntnis auf Trennung nicht nur bei Vorhandensein des Tatbestandes der Generalklausel möglich und zulässig ist, sondern auch bei jedem bestimmten Scheidungsgrunde und zwar bis auf die bestimmte Zeitdauer von 3 Jahren, ja selbst, wie schon erwähnt, auf unbestimmte Zeit. Und wenn dann die Trennungsfrist abgelaufen oder nach 3 Jahren ein Ehegatte auf Scheidung klagt, wozu ihn Art. 171 berechtigt, so ist der Richter auch dann nicht gezwungen, die Ehe zu scheiden, sondern kann nach freiem Ermessen der Verhältnisse auf Abweisung des Scheidungsbegehrens erkennen.

Alle diese Bestimmungen verraten mit Deutlichkeit die Absicht, den Richter dazu anzuhalten, die Scheidung nur dann anzuwenden, wenn alle Hoffnungen fehl geschlagen haben, dagegen die Trennung zu bevorzugen, um dadurch den häufigen Scheidungen entgegenzutreten. — Ohne Zweifel wollte der Gesetzgeber einer Stimmung Rechnung tragen, die sich im Laufe der Zeit gegenüber der allzugrossen Scheidungserleichterung gebildet hatte und die schon im Jahre 1886 die Herren Schmid und Moriaud veranlasste, im Ständerat einen Antrag auf Beschränkung der Scheidungsmöglichkeit durch Erweiterung des Institutes der Trennung einzubringen.[98]) Es ist daher auch nicht zu verwundern, wenn nach den aufgeregten Kulturkampfstagen des Jahres 1874, dem das geltende Scheidungsrecht seine Existenz verdankt, in ruhigerer Zeit eine Reaktion eintrat.

Die Freunde des Gesetzes von 1874 waren indessen noch nicht ausgestorben. Sie standen der Neuerung im Trennungswesen von Anfang an als heftige Gegner gegenüber und machten ihren Einfluss in der Folge der Entwicklung auch auf eine Weise geltend, dass das Institut der Trennung durch stetige Verwandlungen hin-

[98]) Vergl. G. König: Abänderung einiger Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 24. XII. 1874 betr. Ehescheidung. Bern 1888.

durch endlich zu einer Ausgestaltung kam, die den ursprünglichen Bestand und Zweck nur mehr in rudimentärer Form erkennen lassen.

Die bedeutendsten Aenderungen erlitt der Vorentwurf durch die vom 7.—30. Oktober 1901 in Luzern tagende Experten-Kommission.[99]) Während der Verhandlungen im Schosse dieser Kommission musste sich speziell der Art. 171 des Vorentwurfes die verschiedenartigsten Metamorphosen nach Form und Inhalt gefallen lassen.

Wir bemerken gleich hier, dass wir bei der vorliegenden Darstellung die zahlreichen rein redaktionellen Aenderungen, die sowohl in den Kommissionen als in den Räten häufig Gegenstand längerer Diskussionen bildeten, ausser Betracht lassen.

Die erste Bresche in das Gefüge des neu errichteten Institutes der Trennung brach (in der Experten-Kommission) ein Antrag Lang.[100]) Er macht einen Unterschied zwischen den bestimmten Scheidungsgründen des Art. 159—163 und dem allgemeinen Scheidungsgrund des Art. 164. Stützt sich das Begehren auf einen der erstgenannten Gründe, so muss auf Verlangen des klagenden Ehegatten auf Scheidung erkannt werden; im Falle der Generalklausel kann der Richter Scheidung oder Trennung aussprechen; Scheidung jedoch nur unter der Bedingung, dass beide Ehegatten dieselbe verlangen und keine Aussicht auf Wiedervereinigung vorhanden ist. Verlangt aber der eine Teil Scheidung, der andere Trennung, so darf der Richter die Trennung nur aussprechen, wenn derjenige, der sie verlangt, die geringere Schuld trägt. Verlangen beide Trennung, so muss er trennen.

Der Antragsteller anerkennt zwar die Trennung, will aber doch unter gewissen Voraussetzungen ein Recht

---

[99]) Mitgliederverzeichnis der Kommission siehe i. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz, enthaltend das schweiz. Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904. S. 2 ff.

[100]) Protokoll der Experten-Kommission vom 18. Oktober 1901. S. 2.

auf Scheidung gewahrt wissen. Er nähert sich in seinem Antrag dem geltenden Recht. — Des Weitern will sein Antrag die Abs. 2 und 3 des Art. 171 in dem Sinn abändern, dass die auf unbestimmte Zeit ausgesprochene Trennung, sofern sie wenigstens 1 Jahr gedauert hat, auf beidseitigen Antrag der Ehegatten aufgehoben werden muss.[101]) — Wichtiger ist der neu hinzukommende Art. 171a, welcher den Anfang einer langen, durch alle Beratungen der Kommissionen und der Räte sich hindurchziehende Debatte hervorrief. — Kein anderer Teil des ganzen Entwurfes hat soviel von sich reden gemacht und die besondere Aufmerksamkeit Aller in dem Masse auf sich gelenkt, wie gerade Art. 171a (= Art. 155 des Entwurfes von 1904).[102])

Die Bedeutung dieser Frage, sowie das Interesse, das ihr durch alle Entwicklungsstadien hindurch gefolgt ist, mag es rechtfertigen, dieselbe hier eingehender zu behandeln und sie in ihrem chronologischen Werdegang Schritt für Schritt zu verfolgen.

Schon im Vorentwurf von 1900 war in Art. 171, Abs. 1 und 2, dem Gedanken Ausdruck verliehen, dass eine Trennung, auch wenn sie auf unbestimmte Zeit ausgesprochen worden ist, nicht gegen den Willen eines Ehegatten zum dauernden Zustand werden dürfe. Es soll einmal eine Grenze geben. Der Vorentwurf hat dieselbe so festgesetzt, dass die Trennung, welche vom Richter auf bestimmte Zeit ausgesprochen war, nach Ablauf der bestimmten Frist ohne Weiteres dahinfallen sollte. Aber auch bei unbestimmter Zeit soll nach Ablauf von wenigstens 3 Jahren diesem Zustand ein Ende gemacht und eine definitive Erledigung verlangt werden können. —

---

[101]) Dies erscheint jedoch insofern überflüssig, als ja die Ehegatten, wenn beide bereit sind, die eheliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen, dies jederzeit, auch ohne gerichtliche Bewilligung bewerkstelligen können.

[102]) Siehe Protokoll der Experten-Kommission vom 18. Okt. 1901. S. 2.

Soweit war man vorderhand auch in der Experten-Kommission einig. Die Hauptstreitfrage drehte sich darum, wie die definitive Erledigung herbeigeführt werden sollte. — Bei Entscheidung dieser Frage bildeten sich von Anfang an 2 verschiedene Ansichten. Die eine geht in der Begünstigung der Scheidung soweit, dass sie den Richter zwingen will, nach Ablauf der Trennungsfrist unter allen Umständen, mag geschehen sein, was will, die Scheidung auszusprechen, selbst auf einseitigen Antrag des Schuldigen und gegen den Willen des Unschuldigen. Die andere stellt sich auf den entgegengesetzten Standpunkt, es sei grundsätzlich unzulässig, dass der Schuldige auf sein eigenes Verschulden sich berufen könne, um die Scheidung herbeizuführen, demnach soll es also der nicht schuldige Ehegatte in der Hand haben, die Trennung von Tisch und Bett beliebig lang dauern zu lassen.

Nach der ursprünglichen Formulierung des Vorentwurfes verhält sich die Sache so: Hat innert der bestimmten Trennungsfrist eine Wiedervereinigung nicht stattgefunden, so fällt die Trennung nach Ablauf derselben dahin (Art. 171, Abs. 2, Vorentwurf). Die gerichtlichen Wirkungen des Trennungsurteils sind aufgehoben, die Ehe lebt in ihrem früheren Bestande wieder auf. Allerdings bestehen keine Massnahmen, die getrennten Ehegatten zum Zusammenleben zu zwingen; wohl aber steht jedem nach Ablauf dieser Zeit das Recht zu, die Scheidung zu verlangen. Der Richter ist aber nicht gezwungen, die Scheidung auszusprechen, er kann es aber, wenn er findet, dass die nötigen Voraussetzungen vorhanden sind, unter neuer Würdigung der früheren Klage; findet der Richter das Scheidungsbegehren unbegründet, so kann er es natürlich abweisen, wobei die bereits genannten Wirkungen Platz greifen, was faktisch darauf hinausläuft, dass dem schuldigen Teil die Scheidung entgegen dem Willen des nichtschuldigen unmöglich ist. — Ist die Trennung für unbestimmte Zeit ausgesprochen, so soll sie auch dann einmal beendigt werden können. Ent-

weder vereinigen sich die Eheleute von sich aus, dann ist die Sache auf die einfachste Weise erledigt; oder es ist dies nicht der Fall, dann muss auf Verlangen e i n e s Ehegatten die Scheidung oder Aufhebung der Trennung ausgesprochen werden (Art. 171, Abs. 3).

Man möchte annehmen, diese letztere Bestimmung, welche eine Klage auf Aufhebung der Trennung gibt, stehe im Widerspruch mit Art. 169 des Vorentwurfes[103]), da ja das Urteil konstatiert, es sei ein Scheidungsgrund vorhanden. Wenn man aber im Sinne des Entwurfes die Trennung als eine provisorische Massregel betrachtet, die den Zweck hat, die Ehegatten nach gewisser Zeit wieder zusammenzuführen, so ist der Inhalt der letztgenannten Bestimmung wohl begründet. Es ist ja leicht denkbar, dass der frühere Kläger nach einigen Jahren der Trennung, die Aufhebung derselben und Wiederherstellung des ehelichen Lebens verlangt; der eine Gatte kann ja unterdessen dem andern verziehen haben und dann ist eben ein Scheidungsgrund nicht mehr da. (Uebrigens ist ein Scheidungsgrund überhaupt nur da, wenn er von demjenigen geltend gemacht wird, der sich darauf berufen kann — dem unschuldigen Teil). Diese Tatsache bildet zugleich den Beweis für die richtige Vermutung des Richters, der die Trennung ausgesprochen, dass die Ehe nicht unwiderruflich zerrüttet war und eine Scheidung ein richterlicher Fehlgriff gewesen wäre. Andererseits spricht diese Bestimmung wiederum für die Tendenz des Entwurfes, die Trennung als ein Mittel zur Verhinderung der Scheidung angewendet zu wissen.

Man würde nun allerdings vom Standpunkt der allgemeinen Rechtsanschauung aus erwarten, dass das Recht, die Aufhebung der Trennung zu fordern, zunächst nur dem unschuldigen Teil zustehe, nicht auch dem schuldigen, wie die Gerichtspraxis auf Grund des gelten-

---

[103]) Art. 169: „Wenn ein Scheidungsgrund nachgewiesen ist, so ist der Richter verpflichtet, entweder die Scheidung der Ehe oder die Trennung der Ehegatten auszusprechen."

den Gesetzes ohne speziell einschlägige Bestimmung konsequent sich aussprach, und dass ferner eventuell auf einseitiges Begehren auf Wiedervereinigung von Seiten des Schuldlosen, der Schuldige verhalten würde, demselben Folge zu leisten, falls er nicht selbst einen Scheidungsgrund gegenüber dem früheren Kläger geltend machen kann, wie es im kanonischen Recht der Fall ist.[104]) — Der Art. 171 des Vorentwurfes aber gibt auch dem schuldigen Ehegatten das Recht, der Klage auf Aufhebung durch ein selbständiges Scheidungsbegehren zu opponieren; legt aber allerdings die Entscheidung in das freie Ermessen des Richters. — Nicht so der Antrag Lang. Eine Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens kennt er nicht, sondern, wenn innert der Trennungsfrist eine Wiedervereinigung nicht stattgefunden hat, so muss die Scheidung ausgesprochen oder die Klage definitiv abgewiesen werden. Beide Ehegatten haben das Recht, auf Scheidung zu klagen, allein, wenn das Begehren vom schuldigen Teil ausgeht, so darf ihm der Richter nur entsprechen, wenn sich der unschuldige damit einverstanden erklärt. Wenn also auch der schuldige Gatte ohne den Willen des schuldlosen mit seinem Scheidungsbegehren nicht zum Ziele gelangt, so kann er doch indirekt dadurch die Aufhebung der gerichtlichen Trennung erlangen gegen den Willen des Unschuldigen, da ja der Richter beim zweiten Urteil eine definitive Regelung herbeiführen muss.

Dem Antrag Lang wurde ein anderer gegenüber gestellt, wonach der Richter im Falle der Trennung auf bestimmte Zeit, eine Fortdauer derselben auf unbestimmte Zeit sollte aussprechen können, bis ein Ehegatte die Aufhebung der Trennung oder die definitive Scheidung verlangt.[105]) Allerdings ist dabei die Möglichkeit, die Tren-

---

[104]) Vergl. römisches Recht: actio ducendae mulieris, die allerdings heutzutage nicht mehr besteht; ein Zwang zur Rückkehr kann nur indirekt durch Scheidungsklage ausgeübt werden.

[105]) Siehe Protokoll der Experten-Kommission vom 18. Okt. 1901. S. 4. (Antrag Schmid.)

nungszeit zu verlängern, insofern beschränkt, als sie nur zulässig ist bei ausdrücklichem Begehren beider Ehegatten. — Diese Möglichkeit, die Fortsetzung der Trennung zu erleichtern, bezweckte ein weiterer Antrag, welcher sagt, dass auf Verlangen eines Ehegatten nach 3 Jahren der unbestimmten Trennungszeit die Fortsetzung auf bestimmte Zeit oder die Scheidung ausgesprochen werden muss. Nach Ablauf der zweiten, bestimmten Trennungszeit muss dann aber die Ehe geschieden werden, wenn auch nur ein Ehegatte es verlangt.[106])

Das waren die beabsichtigten Neuerungen der ersten Sitzung, denen allerdings eine grosse Anzahl der Kommissions-Mitglieder keine Sympathien entgegenbrachten. Die Mehrzahl huldigte dem Entwurf, was auch in der Abstimmung zum Ausdruck kam. Ueber die Differenzen, die betreffend Art. 170, Abs. 2 und 3, bestanden, konnte man sich noch nicht einigen, zumal auch noch Zweifel auftauchten über die Bedeutung der Worte: „unter neuer Würdigung der früheren Klage“ (Art. 171, Abs. 2).

Sollte das erste Verfahren nur provisorisch abgeschlossen und dem zweiten Urteil der Tatbestand des früheren Urteils zu Grunde gelegt werden? — Das ginge allenfalls an, wenn während der Trennungszeit der frühere Tatbestand sich nicht geändert hat; kommt aber neues Beweismaterial hinzu, so kann dies doch nicht einfach ignoriert werden; es müsste also ein neues Verfahren eintreten.[107]) Dieser Ueberlegung entsprang auch der Antrag Weber[108]) an Stelle der Worte: „unter neuer Würdigung der Klage“, zu setzen: „unter neuer Würdigung der gesamten Verhältnisse“. — Der Redaktor des Entwurfes interpretierte als Referent in der Experten-Kommis-

106) Siehe Protokoll der Experten-Kommission vom 18. Okt. 1901. S. 7. (Antrag Weber.)

107) Siehe Protokoll der Experten-Kommission vom 18. Okt. 1901. S. 6.

108) Siehe Protokoll der Experten-Kommission vom 18. Okt. 1901. S. 6. (Referent.)

sion diese Worte so: Dem Entwurf liege die Auffassung zu Grunde, dass gemäss Abs. 2, Art. 171, nicht eine neue Klagebegründung erforderlich sei; je nach dem Stande der kantonalen Prozessordnungen sei aber ein neues Verfahren nicht ausgeschlossen, solle jedoch möglichst vermieden werden.[109])

Diese Umstände bewogen die Experten-Kommission, den Abs. 2 und 3, Art. 171, vor definitiver Abstimmung zu neuer Formulierung an die Redaktions-Kommission zurückzuweisen.

An der Sitzung vom 19. Oktober unterbreitete der Berichterstatter der Kommission die neuformulierten Vorschläge, welche wörtlich lauten:

Abs. 1 bleibt unverändert.

Abs. 2: „Nach Ablauf der bestimmten Frist fällt die Trennung dahin und es wird, insofern eine Wiedervereinigung nicht stattgefunden hat, auf erneute Klage des Ehegatten, der nach dem Trennungsurteil nicht als ausschliesslich oder vorwiegend schuldig erscheint, die Scheidung ausgesprochen."

Abs. 3: „Hat die Trennung auf unbestimmte Zeit wenigstens drei Jahre gedauert, so wird auf erneute Klage des einen oder andern Ehegatten die Trennung aufgehoben, oder insofern keine Wiedervereinigung stattgefunden hat, auf erneute Klage des Ehegatten, der nach dem Trennungsurteil nicht als ausschliesslich oder überwiegend schuldig erscheint, die Scheidung ausgesprochen."[110])

Der zweite Absatz schliesst sich inhaltlich dem Art. 47 des bisherigen Rechtes an.

Der betreffend die Formulierung der Klage entstandene Zweifel ist gehoben und die neue Formulierung

---

[109]) Vergl. dazu: Reichel im Protokoll der Experten-Kommission vom 18. Okt. 1901. S. 5.

[110]) Protokoll der Experten-Kommission vom 18. Oktober 1901. S. 1.

hat überhaupt den Vorzug, dass sie präziser und deutlicher abgefasst ist als der ursprüngliche Art. 171.

Nach Ablauf der bestimmten Frist fällt also die Trennung dahin; ein neues Verfahren wird nicht ex officio, sondern nur auf erneute Klage begonnen. Bei Trennung auf unbestimmte Zeit kann jeder Ehegatte nach Ablauf von wenigstens 3 Jahren auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens klagen; dagegen steht eine Klage auf Scheidung nur dem Ehegatten zu, der nach dem Trennungsurteil nicht als überwiegend oder ausschliesslich schuldig erscheint.

In der Folge der Beratung fand der neue Vorschlag der Redaktions-Kommission sehr heftige Gegnerschaft und in der definitiven Abstimmung wurde er nur mit einer Stimme Mehr zum Beschlusse erhoben und zwar mit einem später noch zu besprechenden Amendement Weber.[111])

Die Opposition gegen die Begünstigung der Trennung kam zunächst zum Ausdruck durch einen Antrag Mentha, dem hauptsächlichsten Vertreter der bereits genannten oppositionellen Gruppe.[112]) — Er beantragt, dass im Falle einer Nichtwiedervereinigung während der bestimmten oder 3 Jahren der unbestimmten Trennungszeit, jeder Ehegatte das Recht haben soll, die Trennung in Scheidung verwandeln zu lassen. Und zwar sollte die frühere Klagebegründung dabei vollständig ausser Betracht fallen, es sollten bei dem neuen Begehren nur die beiden Tatsachen in Betracht kommen und ausschlaggebend sein, dass: 1. Die bestimmte Trennungszeit oder 3 Jahre der unbestimmten abgelaufen sind, und 2. eine Wiedervereinigung nicht stattgefunden hat.

Zur Begründung seines Antrages zog Mentha unter anderm auch einen Vergleich herbei zwischen den Gesetzgebungen Frankreichs (C. C. 310) und Deutschlands (B. G. B. 1576). Auch dort, sagt er, habe jeder Ehe-

111) Protokoll der Experten-Kommission v. 19. Okt. S. 4.
112) Protokoll der Experten-Kommission v. 19. Okt. S. 1.

gatte, wenn eine Wiedervereinigung nicht stattgefunden habe, das Recht, die Scheidung zu verlangen. — Seine Ausführungen gehen aber, wie ihm schon der Referent entgegenhielt, von der falschen Voraussetzung aus, die deutsche und französische Trennung seien in bezug auf die Dauer und Intensität der nach unserm Entwurf mit dem Urteil verbundenen Trennung gleich.

Sein Antrag brachte die Extreme der Anschauungen in der Diskussion auf den Kulminationspunkt. Er berührte die wichtige und vielumstrittene Frage, ob nach Ablauf der Trennungszeit nur der unschuldige oder auch der schuldige Ehegatte in gleicher Weise berechtigt sein soll, die Scheidung zu verlangen.

Vom rein juristischen und logischen Standpunkt aus ist offenbar eine solche Theorie und noch mehr die Praxis, die dem Schuldigen das Recht gibt, von seinem eigenen Verschulden Rechte abzuleiten, nicht zu billigen und man kann dem Schuldigen wohl mit Recht entgegenhalten, dass er nach der Trennung ebensowenig berechtigt sei, auf Scheidung zu klagen, als vorher, denn das blosse Erdauern der Trennungszeit kann keinen Grund zur Scheidung bilden, weil die Trennung eine richterliche und gesetzliche Massregel ist, die dem Rechte des Unschuldigen entspricht und ihm daher nicht zum Verschulden angerechnet werden kann. — Uebrigens ist die Lage des schuldigen Ehegatten gemäss Entwurf der Redaktions-Kommission nach dem Trennungsurteil keine andere als während der Ehe selbst, wo der Schuldige vielleicht schon gerne scheiden möchte, es aber nicht kann, weil er nicht klagen und nicht sein eigenes Verschulden als Klagsfundament geltend machen kann.[113]) Er muss die Fesseln der Ehe also auch weiter tragen, solange es dem andern Gatten gefällt. Warum soll nun der Umstand, dass der beleidigte Gatte von dem ihm gesetzlich zugestandenen

[113]) Vergl. Protokoll der Experten-Kommission vom 19. Okt. 1901, S. 23.

Rechte zu klagen, Gebrauch gemacht hat, dem schuldigen das Recht geben, nach bestimmter Zeit, selbst gegen den Willen des schuldlosen, Scheidung zu verlangen? Ein solches Postulat kann nur der Auffassung entspringen, dass die Trennung das Vorbereitungsstadium zur Scheidung sei und das Mittel, dieselbe herbeizuführen, auch für den Fall, wo die eigentliche Voraussetzung, nämlich ein Scheidungsgrund fehlt. Wo aber andererseits die Trennung, wie es im ursprünglichen Zweck des Entwurfes war, als Mittel zur Verhinderung der Scheidung betrachtet wird, ist ausgeschlossen, dass die blosse Tatsache der Trennung, eventuell der Nichtwiedervereinigung einen Scheidungsgrund herbeiführen kann.

Dem Vorschlag der Subkommission gegenüber, den Schuldigen zu zwingen, auf Wiedervereinigung zu klagen, wurde beantragt, ihm dafür die Scheidungsklage zu geben, ohne aber den Richter zu zwingen, die Scheidung auszusprechen, wenn dieser finde, dass die Voraussetzungen dazu nicht vorhanden seien.[114])

In diesem Sinne wurde dann schliesslich auch der Antrag der Subkommission amendiert und zum Beschluss erhoben. Durch den mit dem Antrag Weber amendierten Beschluss der Subkommission war im wesentlichen der Art. 171 des Vorentwurfes wieder hergestellt.

Damit wäre diese Angelegenheit eigentlich erledigt gewesen und es bedurfte nur noch der endgültigen Formulierung durch das Kommissionsbureau. Das letztgenannte Ammendement Weber, welches dem schuldigen Teil die Scheidungsklage geben will, ohne Zwang für den Richter, derselben Folge zu leisten, wenn die notwendigen Voraussetzungen mangeln, scheint jedoch der redaktionellen Bereinigung Schwierigkeiten gemacht zu haben und die Redaktionskommission fühlte sich daher zu materieller Wiedererwägung veranlasst.[115]) Dazu zog sie —

[114]) Siehe Protokoll der Experten-Kommission vom 19. Okt. 1901. S. 3; Antrag Weber.

[115]) Siehe Anmerkung 113.

wozu sie zwar nicht berechtigt war — das Verhältnis, wonach der schuldige Ehegatte die Scheidung auf dem Umwege sollte erzielen können, dass er auf Wiederaufnahme des ehelichen Lebens geklagt hätte, in neuerliche Beratung und fand einen solchen Zustand unerträglich; zumal die Feststellung des Schuldverhältnisses oft sehr schwierig und unsicher sei.

Es ist interessant, wie man aus blossen Redaktionsschwierigkeiten nach 2 definitiven Beschlüssen nochmals zu einer Wiedererwägung kommt, die nicht nur in einer Wiederbesprechung des Verhandelten besteht, sondern weit über die bisherigen Vorschläge und Wünsche hinausgeht. — Während es sich eigentlich nur mehr darum handelte, ob der Klage nach Ablauf der Trennungszeit der Tatbestand des früheren Urteils zu Grunde gelegt oder nur die seither eingetretenen Verhältnisse berücksichtigt werden sollten, hat die Kommission in ihrem neuen Vorschlag ein ganz neues Moment aufgenommen, nämlich die Unterscheidung, ob der nach Ablauf der Trennungszeit auftretende Kläger schuldig oder nicht schuldig sei.

Am Ende der Sitzung vom 25. Oktober 1901 stellte nun Winkler, der in diesem Fall das Organ der Redaktions-Kommission bildete, einen Wiedererwägungsantrag und unterbreitete der Kommission einen neuen Vorschlag.[116])

Dieser neue Vorschlag der Redaktions-Kommission weicht vom alten insofern ab, als von der Klage auf Wiedervereinigung nicht gesprochen wird; nach bestimmter Trennungszeit muss auf Klage eines Ehegatten die Scheidung ausgesprochen werden, vorausgesetzt, dass eine Wiedervereinigung nicht erfolgt ist. Nach 3 Jahren der unbestimmten Zeit muss, wenn eine Wiedervereinigung nicht stattgefunden hat, auf Verlangen eines Ehegatten die Aufhebung der Trennung ausgesprochen werden. Diesem Verlangen kann aber jeder Ehegatte, auch der

---

[116]) Siehe Protokoll d. Expert.-Kommission v. 25. Okt. S. 20.

schuldige, durch eine Scheidungsklage opponieren und der Richter ist genötigt, alsdann die Scheidung auszusprechen.

Der Grund, warum man eine Klage auf Wiedervereinigung nicht anerkennen wollte, war der, dass man keinen Ehegatten zu einer Ehe zwingen wollte, die infolge der ehelichen Zerrüttung ihrem Wesen und ihrem Zweck widerspricht.[117])

Die Hauptneuerung bestand aber darin, dass der schuldige Ehegatte nach Ablauf der gesetzlichen oder gerichtlichen Trennungsfrist wider den Willen des schuldlosen die Scheidung sollte herbeiführen können.

Man führte diesbezüglich in der Experten-Kommission aus[118]): es sei gemäss Abs. 4 des neuen Vorschlages ja immer die Klage des Unschuldigen, die beurteilt werde und wenn sich die Verhältnisse nicht inzwischen zu seinen Ungunsten verändert haben, so würden auch die „Nebenfolgen der Scheidung zu seinen Gunsten entschieden." — Der fatalen Erledigungsart in der Hauptfrage ist damit allerdings nicht abgeholfen.

Zu erwähnen ist noch die bisher stets wiederkehrende Klausel, dass die Scheidung nicht ausgesprochen werden darf, wenn die Ehegatten sich in der Zwischenzeit wiedervereinigt haben; es sei denn, dass seit der Vereinigung ein neuer Scheidungsgrund entstanden sei. Dieses neue Klagebegehren steht in keinem Zusammenhang mit dem früheren Urteil. Es ist daher auch nicht ausgeschlossen, dass in diesem Falle wiederum auf Trennung geklagt oder erkannt werden könne. Es steht ja im Belieben der Ehegatten, sich jederzeit zu vereinigen, durch die Wiedervereinigung aber werden sämtliche Wirkungen des ersten Trennungsurteils aufgehoben, die Ehe ist wieder hergestellt und kann ohne neuen Scheidungsgrund nicht mehr getrennt oder geschieden werden. Kommen also

117) Vergl. Brenner im amtl. stenograph. Bulletin vom Jahr 1905. S. 1065.

118) Vergl. Protokoll der Exp.-Kom. vom 25. Okt. 1901. S. 20.

die wieder vereinigten Gatten nach Jahren wieder vor den Richter und verlangen Trennung, so hindert denselben nichts, dem Klagebegehren zu entsprechen; ja es wird sogar beim Begehren auf Scheidung ganz offenbar für den Richter umsomehr „die Aussicht auf Wiedervereinigung der Ehegatten“ vorhanden scheinen, da der Präzedenzfall ihm eine gewisse Garantie dafür bietet.

Der neue Kommissionsvorschlag brachte naturgemäss bei der die Trennung begünstigenden Partei eine Reaktion hervor, welche sich zunächst damit begnügte, sich wenigstens nicht hinter das Gesetz vom Jahre 1874 zurückdrängen zu lassen. Man wollte auf dem Boden der früheren Beschlüsse bleiben, aber auf dieser Basis eine Vermittlung herbeiführen in dem Sinne, dass man zugab, es solle nach Ablauf der gerichtlichen oder gesetzlichen Trennungsfrist nur noch auf Scheidung geklagt werden können und zwar auch von Seiten des Schuldigen, jedoch solle der Richter nach freiem Ermessen auf Scheidung oder Abweisung der Klage entscheiden können.[119]) — Es wurde aber der unveränderte Antrag Winkler (resp. der Redaktions-Kommission) angenommen gegenüber dem Beschluss vom 19. Oktober, zu dem in eventueller Abstimmung das Amendement Oser angenommen worden war. — Oser wollte, da die Redaktions-Kommission ihre Kompetenz überschritten hatte, tabula rasa wieder herstellen, d. h. auf den Standpunkt vom 19. Oktober zurückkehren und die Schwierigkeit, die die Weisung an eine Redaktions-Kommission veranlasst hatte, dadurch beseitigen, dass er statt Abs. 2 und 3 des Art. 171 den Wortlaut setzen wollte: „Findet während der bestimmten Trennungsfrist oder für den Fall der Trennung auf unbestimmte Zeit innert 3 Jahren eine Wiedervereinigung nicht statt, so kann nur noch die Klage auf gänzliche Scheidung erhoben werden und es erkennt alsdann das Gericht nach freiem Ermessen.“

---

[119]) Oser i. Protokoll der Exp.-Kom. vom 26. Okt. S. 2.

Es ergingen ausser den angeführten noch andere Anträge, wurden aber alle abgewiesen. So der Antrag des Redaktors des Entwurfes, welcher dem Richter ausdrücklich vorschreibt, Scheidung oder Wiedervereinigung auszusprechen, das letztere wenigstens bei nicht Vorliegen eines bestimmten Scheidungsgrundes.[120]) — Rossel dagegen beantragt, die Klage des ausschliesslich Schuldigen ganz auszuschliessen. (Mit 14 gegen 5 Stimmen abgewiesen.) — Endlich der wiederholte Antrag Weber, wonach auch die Trennung auf unbestimmte Zeit auf Begehren des einen oder andern Ehegatten begrenzt werden könnte, nach Ablauf dieser Frist aber auf Verlangen eines Ehegatten die definitive Scheidung jedenfalls ausgesprochen werden sollte.

Der unveränderte Antrag Winkler wurde also zum Beschluss erhoben und damit hatte diese Frage in der Experten-Kommission ihre Erledigung gefunden.

Im Herbst 1903 wurde das Resultat der Beratungen in der Experten-Kommission vom Justiz- und Polizeidepartement einer Redaktionskommission[121]) übergeben, welche die vielfach nicht genau formulierten Beschlüsse in eine dem übrigen Gesetzestext angepasste Gestalt brachte, so wie wir sie im Entwurf des Bundesrates (mit Botschaft versehen vom 28. Mai 1904) wiederfinden, der im Juni gleichen Jahres der Bundesversammlung unterbreitet wurde.

Zur Beratung der Vorlage wurden von den Räten zunächst Kommissionen bestellt. — Die Priorität in der Beratung hatte der Nationalrat. — Ueber die Verhandlungen in den beiden Kommissionen existieren keine Protokolle; es wurden nur die Anträge und Beschlüsse ver-

---

120) Diese Redaktions-Kommission wurde vom eidgen. Justiz- und Polizeidepartement eingesetzt nach Abschluss der Beratungen der Experten-Kommission. — Deren Mitglieder finden sich ebenfalls in der Botschaft des Bundesrates zum Entwurf von 1904 verzeichnet Seite 4, Al. 4.

121) Siehe Protokoll der Experten-Kom. v. 26. Okt. 1901. S. 2—5

zeichnet. Wir finden aber in den Referaten der Berichterstatter[122]) die Motive, welche die Kommissionen zu Aenderungen veranlassten, grösstenteils wiedergegeben.

Unsere hier besprochenen Art. 165, 169, 170 und 171 des Vorentwurfes finden wir sub Art. 150, 153, 154 und 155 des Entwurfes wieder. Ausser den letztgenannten Art. 155 bringen die übrigen inhaltlich nichts Neues; der Entwurf bringt sie wieder, wie sie schon im Vorentwurf bestanden und von den Kommissionen festgehalten wurden. Wir haben uns hier also nur mehr mit Art. 155 zu befassen.

Der von der Subkommission in der Form des Antrages Winkler an das Justizdepartement verabschiedete Beschluss wurde von der bestellten Redaktions-Kommission wesentlich unverändert wiedergegeben, wie er in Art. 154 des bundesrätlichen Entwurfes wiederzufinden ist; sie fügte aber einen neuen Artikel (155) bei des Inhaltes, dass auf Klage eines Ehegatten nach Ablauf der bestimmten Trennungszeit oder 3 Jahren der unbestimmten, geschieden werden müsse, wenn nicht inzwischen die Verzeihung erfolgt (Art. 144, 145: Ehebruch, Misshandlung und Lebensnachstellung) oder die eheliche Zerrüttung (149) beseitigt ist.

Auffallender Weise ist die Verzeihung in Art. 155 nur angewendet auf die Art. 144 und 145, also gerade nur für die schwersten Fälle der ehelichen Zerrüttung, als ob in den Fällen des Art. 146 eine Verzeihung nicht erfolgen könnte, während sie doch unzweifelhaft gerade hier am wenigsten ausgeschlossen scheint.

Das Urteil stützt sich dabei auf den im früheren Verfahren ermittelten Tatbestand oder die seither eingetretenen Verhältnisse.

Der neuhinzugefügte Art. 155 bildete in den nun folgenden Beratungen den Hauptdiskussionspunkt. — Während ursprünglich (Vorentwurf Art. 171) zwar eine

[122]) Siehe amtl. stenograph. Bulletin S. 625 ff und S. 1021 ff; sowie S. 1055 ff (Jahr 1906).

Scheidungsklage nach Ablauf der Trennungszeit beiden Ehegatten prinzipiell gegeben war, so war es doch dem freien richterlichen Ermessen anheimgestellt, Scheidung oder Aufhebung der Trennung auszusprechen, wobei die Würdigung der früheren Klage massgebend war. Nach Art. 155 ist der Richter gezwungen, auf jeden Fall die Scheidung auszusprechen, wenn ein Ehegatte es begehrt, und die Scheidungsklage nicht wegen Wegfall des Scheidungsgrundes oder wegen erfolgter Verzeihung abgewiesen werden muss.

Auch im Nationalrate wurde die von der Experten-Kommission zurückgedrängte und auch in der nationalrätlichen Kommission vertretene Ansicht, welche eine Unterscheidung macht zwischen dem schuldigen und unschuldigen Ehegatten, in die Diskussion hineingetragen und fand auch Ausdruck in einem Antrag, ohne aber Erfolg gehabt zu haben. — Gottofrey suchte die beiden Extreme, welche die Kommissionen entzweit hatten, zu vereinigen.[123]) Nach seinem Antrag sollte der überwiegend Schuldige zwar das Recht haben, auf Scheidung zu klagen; seinem Begehren sollte aber nur dann entsprochen werden dürfen, wenn der andere Teil sich weigert, die eheliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen. — Dadurch wäre der schuldige Ehegatte nicht gezwungen, den Zustand der Trennung unbegrenzte Zeit hindurch zu ertragen, weil er nach Ablauf der Trennungszeit, resp. nach 3 Jahren die Wiedervereinigung verlangen kann, verweigert sie der andere, so kann der Schuldige auf Grund des Art. 155 die Scheidung verlangen.

Dieser Antrag führte, wenn auch nicht sofort, doch später zu einer Einigung, wie wir noch sehen werden. — In dieser Sitzung des Nationalrates wurde der Art. 155 nach dem Vorschlag der Kommission angenommen.

Diese Lösung entsprach aber der ständerätlichen Kommission, als der nun folgenden Beratungsinstanz, nicht.

[123]) Gottofrey im Nationalrate: siehe amtl. stenograph. Bulletin vom Jahr 1905, S.626.

Sie schloss sich im wesentlichen dem Antrag Gottofrey im Nationalrate an, mit der Abänderung jedoch, dass das Scheidungsbegehren nach der Trennung abzuweisen sei für den Fall, dass der klagende Ehegatte der ausschliesslich schuldige sei; es sei denn, dass die Gegenpartei die Wiederherstellung des ehelichen Lebens verweigert hätte. — Die Kommission stellte sich also im Wesentlichen auf den Boden des Antrages der Subkommission in der Experten-Kommissionssitzung vom 19. Oktober 1901 (Art. 171, Abs. 2 und 3). Der ausschliesslich Schuldige soll an und für sich nicht das Recht zur Scheidung haben, sondern nur, wenn der schuldlose Teil ihm die Wiedervereinigung verweigert. Die Kommission hält sich demnach noch strenger an die ursprüngliche Tendenz, die Scheidungsmöglichkeit zu erschweren, als dies der Antrag Gottofrey bezweckt.

Sie motiviert ihr Vorgehen damit, dass sie einerseits in diesem Artikel geltendes Recht und Praxis wiedergeben wollte.[124]) Im Art. 47 aber, dem Hauptanwendungsfalle der Scheidung, sei schon der Satz aufgestellt, dass, wenn während der Trennungszeit eine Wiedervereinigung nicht stattgefunden habe, der Richter nach freiem Ermessen erkennen dürfe, und die Praxis habe dem Schuldigen nicht das Recht gegeben, zu klagen. Andererseits widerstrebe es ihrem Rechtsgefühl, dass einer sich auf seine eigene Schuld und Schlechtigkeit berufen könne, um einen Auflösungsgrund für die Ehe zu haben. — Dagegen ging die Kommission über Art. 47 des geltenden Rechtes insofern hinaus, als der Richter unter allen Umständen die Scheidung aussprechen muss, wenn der schuldige Teil die Wiederaufnahme des ehelichen Lebens verweigert.

Der Ständerat aber stellte sich trotzdem mehrheitlich nicht auf diesen Standpunkt. Er lehnte nicht nur den Vorschlag seiner Kommission ab, sondern verschärfte

[124]) Scherer im amtl. stenograph. Bulletin vom Jahr 1905. S. 1028.

noch die Beschlüsse des Nationalrates. Auf Antrag des Abgeordneten Scherer nahm der Ständerat folgende Fassung an: Nach der abgelaufenen gesetzlichen oder gerichtlichen Trennungsfrist muss auf erneute Klage geschieden werden, es sei denn, dass eine Versöhnung erfolgt ist. — In der Versöhnung liegt also die einzige Möglichkeit, die Scheidung zu verhindern. Zur Versöhnung braucht es aber bekanntlich zwei: Der einseitige Akt der Verzeihung von Seiten des Unschuldigen genügt nicht. Es ist also von vorneherein mit Ausspruch des Trennungsurteils in die Hände des Schuldigen gelegt, die Scheidung nach Belieben herbeizuführen, wenn er sich nur einige Zeit geduldet. Er kann dem Schuldigen die Wiedervereinigung einfach dadurch unmöglich machen, indem er sagt: Ich will nicht.

Damit ist die Trennung, wie eingangs erwähnt, zum Mittel herangereift, die Möglichkeit der Scheidung zu erleichtern, das Vorbereitungsstadium zu derselben zu bilden.

Es ist eine auffallende Erscheinung, wie man allmählich immer mehr den ursprünglichen Zweck des Institutes der Trennung aus dem Auge verlor oder besser gesagt, wie er nach und nach preisgegeben wurde zugunsten der Erweiterung der Scheidung bis endlich gerade das Gegenteil der ursprünglichen Tendenz die Oberhand gewann. Es lässt sich dies leicht daraus erklären, dass anfänglich auch solche, die nicht auf dem Boden des Entwurfes standen, gegenüber einer vertretenen Richtung Konzessionen machten, nachher aber wieder davon abgingen und ihren ursprünglichen prinzipiellen Standpunkt einnahmen, wie dies ausdrücklich in einer Erklärung Langs zu finden ist.[125])

Speziell sind auch die Voten Calonders[126]) und Brenners[127]) im Ständerat bemerkenswert und charakte-

[125]) Siehe Protokoll der Experten-Kommission vom 26. Okt. 1901. S. 3.

[126]) Calonder im amtl. stenogr. Bulletin vom Jahre 1905. S. 1062.

[127]) Brenner im amtl. stenogr. Bulletin vom Jahre 1905. S. 1065.

ristisch. Wir finden darin ziemlich erschöpfend, die Begründung der Stellungnahme der Redner sowohl als ihrer Gesinnungsgenossen zu vorliegender Frage.

Calonder gibt zu, es sei logisch und konsequent, dem allein schuldigen Teil das Klagerecht abzusprechen, auch nach erfolgter Trennung; kommt aber in seinen Ausführungen doch zu einem entgegengesetzten Resultate. Brenner schliesst sich ihm in ergänzender Weise an.

Sie begründen ihren Standpunkt folgendermassen:

Der Umstand, dass der unschuldige Teil einstens den Richter angerufen, gegen seinen Mitgatten, dessen Person vor dem Gerichte herumgezogen und dadurch vor der Oeffentlichkeit blossgestellt, sei für den andern so verletzend, dass ihm nicht zugemutet werden könne, zum andern Teil zurückzukehren. Es sei trotz aller Antipathie, die man in dieser Frage dem schuldigen Teil entgegenbringe, doch auch sein Interesse zu berücksichtigen und man dürfe dem unschuldigen mit Recht entgegenhalten: „Wenn du dem andern verzeihen willst, wenn du trotz der Unbill, die er dir zugefügt, das eheliche Leben fortsetzen willst, dann sollst du auch nicht auf Trennung klagen“[128]); übrigens könne man häufig nicht bestimmt sagen, auf welcher Seite die Schuld liege, und wenn auch der eine Ehegatte schliesslich als schuldig erklärt werde, so sei immer noch nicht sicher, dass er ausschliesslich und allein schuldig sei. Dazu kommt ferner noch die Schuld an der Nichtwiedervereinigung, welche unter Umständen auf Seiten des ursprünglichen Klägers sei und dies bilde das neue Schuldmoment. — Ferner habe die Trennung den Zweck, dass die Ehegatten nach gewisser Zeit wieder zusammenkommen sollen, dass die Gegensätze ausgeglichen und die Fehler verziehen werden. Wenn aber diese Hoffnung fehlschlage und die Ehegatten nach 3 Jahren sich nicht ausgesöhnt und wiedervereinigt haben, so würde man dadurch einen Gatten

[128]) Siehe umstehend Anmerkung 127 und Protokoll der Experten-Kommission vom 25. Okt. 1901. S. 20 (Winkler).

nötigen zur Fortsetzung einer Ehe, die ihm widerstrebe. Die Ehe müsse aber auf dem freien Willen der Ehegatten beruhen und dürfe keine Strafe sein. Wo überhaupt die Dinge so liegen, da hänge es nicht mehr von Schuld und Nichtschuld ab, man müsse dann mit den Tatsachen rechnen und die Ehe lösen.[129]) (Diese Ausführungen enthalten zum grössten Teil auch die schon in den Kommissionen gemachten Einwendungen.)

Man kann natürlich über diese Anschauungen sehr verschiedener Meinung sein. Schon während den Verhandlungen in der Kommission und auch den Räten, hat sich dagegen eine rege Opposition geltend gemacht. Es lässt sich namentlich folgendes dagegen einwenden:

Die Anrufung des Richters durch den klägerischen Gatten, d. h. die Verfolgung seines Rechtes, wird als eine für den Schuldigen beleidigende Tat charakterisiert, mit der Wirkung, dass der beleidigte Schuldige auf Grund dieses Faktums die Scheidung verlangen kann. Darin liegt eine Verletzung des Rechtsgrundsatzes: Qui jure suo utitur, neminem laedit! — Von einem „billigen Ausgleich", wie Calonder[130]) sagt, „welcher den tatsächlichen Lebensverhältnissen und Bedürfnissen der beteiligten Personen entspricht", kann hier nicht die Rede sein, da ein solcher „Ausgleich" ja nur für Einen Rechte schafft und dabei die Rechte des Andern aufs Gröbste verletzt.

Es ist überhaupt unrichtig, dass der schuldlose Ehegatte zuerst durch seine Klage am Bestande der Ehe gerüttelt hat, sondern der schuldige ist es, der durch sein dem Wesen der Ehe zuwiderlaufendes Verhalten seinen Mitgatten zu diesem Schritt gezwungen oder besser gesagt, berechtigt hat. Weil er nun von diesem ihm gesetzlich angebotenen Rechte, das ihm zum Schutze der Unversehrtheit der Ehe in die Hand gegeben worden ist,

---

[129]) Siehe Brenner im amtl. stenograph. Bulletin Jahrg. 1905. S. 1065.

[130]) Calonder im amtl. stenograph. Bulletin Jahrg. 1905. S. 1062.

Gebrauch macht, so wird ihm das zum Vorwurf gemacht. Man sagt ihm: Du kannst zwar von diesem Rechte Gebrauch machen, aber wehe dir, wenn du es tust; du rüttelst dadurch am Bestande der Ehe und deshalb muss geschieden werden, wenn der andere es verlangt. Wollte man die Konsequenzen aus dieser Bestimmung ad absurdum führen, so käme man zu dem Schlusse, dass ein Ehegatte, der die Scheidung der Ehe aus irgend einem Grunde nicht will, zusehen müsste, wie sein Mitgatte fortwährend die ehelichen Pflichten aufs schwerste verletzt, ohne dass er ein Mittel hätte, dagegen einzuschreiten, denn auf Trennung kann er nicht klagen, weil er sich sonst auf Gnade oder Ungnade dem schuldigen ausliefert, dem es dann freisteht, über kurz oder lang die Scheidung doch herbeizuführen. Er wird also gezwungen, entweder das unerträglich gewordene Leben fortzuführen, oder aber, wenn er auf Trennung klagt, zugleich zur Scheidung, die er vermeiden will, den ersten Schritt zu tun. Die Geltendmachung seines Rechtes wird illusorisch.

Noch ist der andere Fall denkbar, dass nämlich der unschuldig erklärte Teil die Trennungsklage überhaupt nicht gestellt hat, sondern dass dieselbe vom Schuldigen ausging.

Eine ähnliche Bewandtnis hat es mit der Begründung, man dürfe dem schuldigen die Ertragung jenes unerträglichen Zustandes nicht für unbegrenzte Zeit zumuten und dem unschuldigen nicht die Macht lassen, ihn für immer aufrecht zu erhalten.[131]) — Es ist wahr, die Trennung von Tisch und Bett ist ein anormaler Zustand, aber für beide Teile jedenfalls erträglicher als das Zusammenleben in einer völlig zerrütteten Ehe. Und was sie „Unerträgliches" mit sich bringt, ist das nicht für beide Teile unerträglich oder gerade für den Unverschuldeten am unerträglichsten? Warum soll nun der-

[131]) Vergl. Protokoll der Experten-Kommission vom 25. Okt. 1901. S. 20 (Winkler); und Scherer i. amtl. stenograph. Bulletin vom Jahr 1905. S. 1031.

jenige, der die Zerrüttung herbeigeführt, ebenso wie der Unschuldige berechtigt sein, die Scheidung herbeizuführen? Dieses unmotivierte Zartgefühl für den Ehegatten, der diesen Zustand selbst verschuldet hat, lässt wiederum die Absicht erkennen, dass die Trennung vielfach nur als Uebergangs- und Vorbereitungsstadium zur Ehescheidung aufgefasst wird. — Es ist leicht einzusehen, dass sehr häufig die Umwandlung der Trennung in Scheidung gegen den Willen des Unschuldigen den „unerträglichen Zustand" nicht aus der Welt schafft.

Die Auffassung, dass dem schuldigen Teil auf Grund der obgenannten Motive das Recht der Scheidungsklage zuerkannt werden solle, steht aber auch im Widerspruch mit dem Prinzip des Entwurfes, welcher im Scheidungsrecht ein dispositives Klagerecht erblickt[132]), und ebenso mit dem richterlichen Grundsatz: „Ne eat ultra petita partium".

Auch im geltenden Recht fand, wie schon erwähnt, eine solche Auffassung keine Anwendung und zum kanonischen Recht steht sie in eklatantem Widerspruch. — Die vermeintlich die Trennung begünstigenden Paragraphen werden dadurch in ihrer Wirksamkeit illusorisch gemacht, weil der Art. 155 dem Schuldigen ermöglicht, nach Ablauf gewisser Zeit die unvollkommene Scheidung in eine völlige Auflösung der Ehe vom Bande umzuwandeln.

Auch die Nichtwiedervereinigung kann nicht den Tatbestand bilden, auf dem der Schuldige seine Scheidungsklage aufbaut. Dieser Standpunkt ist unrichtig und vor allem dann unzutreffend, wenn die Nichtwiedervereinigung zu Lasten des Schuldigen fällt.

Richtig ist, dass die Ehe auf dem freien Willen der Gatten beruhen muss. Dieser freie Wille ist aber massgebend bei Eingehung der Ehe, welche ohne den Konsens nicht zustande kommt. Nachdem die Ehe aber geschlossen, hängt der Bestand derselben nicht mehr von

[132]) U. Lampert: Zur Beurteilung des persönlichen Eherechtes. Basel 1901. S. 48.

dem Willen des einzelnen oder beider Ehegatten ab, wenn die Ehe überhaupt noch als ein consortium omnis vitae betrachtet werden soll. Auch das Widerstreben, eine Ehe fortzusetzen, kann nicht als Grund zur Scheidung betrachtet werden, solange nicht ein gesetzlicher Scheidungsgrund dieses Widerstreben unterstützt. Gar manchem Schuldigen wird die Fortsetzung der Ehe schon vor der Trennung widerstreben, aber er muss sich ihr doch unterziehen.

*

Beim Zusammentritt der vereinigten Kommissionen des National- und Ständerates (Ende April 1907 in Bern) wurden die ziemlich zahlreichen Divergenzen der national- und ständerätlichen Beschlüsse grösstenteils in Uebereinstimmung gebracht.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Bereinigung des Art. 155.

Es standen sich zwei Anträge gegenüber: Der Antrag Scherer, welcher mit zwei Drittel Mehrheit zum Beschluss erhoben wurde und ein Antrag Gottofrey, welcher den Art. 155 in eine solche Gestalt bringen wollte, dass der schuldige Ehegatte in keinem Falle das Recht haben sollte, früher oder später die Scheidung zu verlangen.

Auch der Ständerat hat den Antrag Scherer — sogar in verschärfter Form — angenommen.

Nachdem nun bei den gemeinsamen Sitzungen beider Kommissionen der von Wirz neuerdings eingebrachte Antrag Gottofrey ein erstes Mal mit geringem Mehr abgelehnt worden war, wurde er doch in der folgenden Sitzung, auf einen Wiedererwägungs-Antrag Itens hin, zum Beschlusse erhoben und erhielt folgende endgültige Fassung:[133])

„Wird nach Ablauf der bestimmten Trennungszeit oder von drei Jahren der unbestimmten Trennungszeit,

[133]) Vergl. Protokoll d. vereinigten Kommissionen des National- und Ständerates, Bern, Ständeratssaal, d. 22. und 23. April 1907. Seite 5 und 1.

die Scheidung auch nur von einem Ehegatten verlangt, so muss sie ausgesprochen werden, es sei denn, dass sie nur auf Tatsachen gegründet werden könne, die den klagenden Ehegatten als ausschliesslich schuldig erscheinen lassen. Verweigert indessen in einem solchen Falle der andere Ehegatte die Wiedervereinigung, so muss auf Scheidung erkannt werden."

Die Scheidungsklage nach Ablauf der Trennungszeit steht also jedem Ehegatten, dem schuldigen wie dem unschuldigen, zur Verfügung und die Scheidung muss ausgesprochen werden. Dieses allgemeine Prinzip erfährt nur für den Fall eine Ausnahme, wo der klagende Gatte seine Klage nur auf Gründe zu stützen vermag, die ihn ausschliesslich schuldig erscheinen lassen. Aber auch diese Ausnahme erfährt eine bedeutende Einschränkung, indem sie für das Klagebegehren nicht in Betracht kommt, sobald der andere Teil die Wiedervereinigung verweigert. Dadurch ist es auch dem ausschliesslich Schuldigen möglich, die Scheidung herbeizuführen; indem er seinen Mitgatten einfach vor die Alternative stellen kann: Entweder Wiederaufnahme des ehelichen Lebens oder — Scheidung.

Da sich in den vereinigten Kommissionen immer noch etwelcher Oppositionsgeist zeigte, erwartete man auch in den Räten keine vollständig glatte Abwicklung. — Um so überraschender wirkte die Tatsache, dass im Nationalrate die neue Fassung ohne jeglichen Widerstand durchging und auch der Ständerat ohne Diskussion seine Zustimmung erklärte.

*

Am 12. Dezember 1907 war die Referendumsfrist abgelaufen und der Entwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuche ist zum Gesetze geworden, das mit 1. Januar 1912 in Kraft treten wird.

III. Teil.

§ 3. Das Verfahren.

Im Allgemeinen ist die Regelung des prozessualen Verfahrens der Gesetzgebung der Kantone vorbehalten. Art. 64 der Bundes-Verfassung stellt nämlich den Grundsatz auf: „Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben wie bis anhin den Kantonen."

Infolge dieser verfassungsrechtlichen Bestimmung ist der Vorentwurf auch offenbar davon abgestanden, nach dieser Richtung in das Gesetzgebungsrecht der Kantone einzugreifen.

Der Vorentwurf begnügt sich, im Einklang mit dem kanonischen und geltenden Recht, festzusetzen, welche vorsorglichen Massregeln der Richter eventuell für die Dauer des Prozesses anzuordnen habe, um die Verhältnisse der Ehegatten unter sich und zu den Kindern, namentlich betreffend Wohnung und Unterhalt der Frau, die Versorgung der Kinder und allfällig auch die güterrechtlichen Verhältnisse vorläufig zu regeln.

Der Entwurf ist dabei nicht stehen geblieben, sondern hat noch einige andere Grundsätze in bezug auf das Verfahren aufgenommen, trotz des Art. 64 der Bundesverfassung. — Es fehlte im Nationalrate nicht an solchen, die das durch Art. 64 gewährleistete Recht der Kantone eifrig verfochten[134]), ohne jedoch die Mehrheit zur Ueberzeugung zu führen, dass der Bund tatsächlich seine Kompetenz überschreite, wenn er durch einige Bestimmungen das kantonale Prozessverfahren ergänze. — Dem gegenüber haben andere Redner (Huber, Hoffmann etc.) zur Genüge dargetan, dass eine solche Ergänzung nicht nur im Interesse einer möglichst gleichmässigen und gerechteren Durchführung des materiellen Scheidungsrechtes überaus wünschenswert, ja als notwen-

[134]) Siehe amtl. stenograph. Bulletin S. 641, Rutty.

dig zu erachten sei, sondern, dass der Bund auch das Recht dazu habe.[135])

Die Regelung des Scheidungsverfahrens im Entwurf beschränkt sich auf einige wenige Grundsätze, welche sich fast alle auf das Beweisverfahren beziehen:

1. Der Richter darf Tatsachen, die zur Begründung einer Klage auf Trennung dienen, nur dann als erwiesen annehmen, wenn er sich von deren Richtigkeit überzeugt hat (Art. 165, 1). — Er soll also die materielle Wahrheit der Tatsachen und Behauptungen auch dann prüfen, wenn die Parteien hinsichtlich derselben mit einander übereinstimmen.

Nur auf diese Weise wird es möglich sein, einem Scheinprozesse entgegenzutreten, in welchem die Parteien schon zum Voraus durch gegenseitige Zugeständnisse und Abmachungen fingierte Tatbestände anerkennen.[136])

---

[135]) Nationalrat von Planta hat bei Einführung des Art. 64 den Antrag ausdrücklich damit begründet, dass „Vorschriften prozessualer Natur ebenfalls Aufnahme finden können, soweit das nötig sei, um das Bundesrecht einheitlich durchzuführen". — Vergleiche auch amtl. stenograph. Bulletin Sept./Okt. 1905. S. 1080.

[136]) Die erschreckende Zahl von Ehescheidungen, wie sie die Schweiz seit dem Jahre 1876 aufweist, muss notwendig den Gedanken wachrufen, dass daran entweder eine laxe Gesetzgebung oder ein Fehler der Rechtsordnung die Schuld trage; denn es ist doch kaum anzunehmen, dass das Schweizervolk eine minder sittliche Auffassung von der Ehe habe als andere Völker. — Man hat daher diese auffallende Tatsache zum grössten Teil den Artikeln 45 und 47 des Bundesgesetzes zur Last gelegt. — Es ist nicht zu verkennen, dass diese nach jeder Richtung dehnbaren Bestimmungen jedem Verlangen, jeder Ansicht und Absicht, jedem Willen angepasst werden konnten und eine Scheidung resp. Trennung fast ausschliesslich durch Willenskonsens erreichbar machten. Wir dürfen aber auch nicht vergessen, dass der Richter die letzte Entscheidung darüber hat, nach freiem Ermessen zu konstatieren, ob eine Ehe mit dem Wesen derselben unverträglich geworden oder das eheliche Verhältnis so tief zerrüttet erscheine, dass eine Scheidung oder Trennung am Platze sei. Der einzelne Richter wird in solchen Fällen, wo nicht gesetz-

2. Um sich Klarheit über den Tatbestand zu verschaffen, dient dem Richter die Beweiserhebung. Zu diesem Zwecke stehen zwei entgegengesetzte Wege offen. Der eine ist die Bindung des Richters durch gesetzlich bestimmte Beweisregeln, der andere die freie Beweiswürdigung. Die moderne Entwicklung hat fast überall zu dem Prinzip der freien Beweiswürdigung hingedrängt und ihm hat sich auch unser Entwurf angeschlossen. — Diesem Gedanken entspringt auch die Bestimmung, dass der Richter an Parteierklärungen irgend welcher Art nicht gebunden ist.

3. Der Entwurf bestimmt ferner, dass der Eid oder das an Eidesstatt vorkommende Gelöbnis als Beweismittel zur Erwahrung von Tatsachen, welche zur Begründung einer Klage auf Trennung dienen, weder zugeschoben, noch auferlegt werden darf (Art. 165, 2).

4. Endlich bringt Art. 165, Abs. 3, noch die Neuerung, dass Verabredungen der Parteien über die Nebenfolgen betr. Ordnung der ökonomischen Verhältnisse, Zuteilung der Kinder und dergl. zu ihrer Rechtsgültigkeit der richterlichen Genehmigung bedürfen.

---

liche Bestimmungen eine gemeinsame Richtschnur bieten, sehr verschieden urteilen. Der eine wird eine Ehe als zerrüttet ansehen, wo der andere keinen Grund zur Trennung findet usw. — Durch die Vorschriften des Entwurfes nun soll, durch die Veränderungen am materiellen Rechte unterstützt, eine befriedigendere Entwickelung des Scheidungswesens erreicht werden. (Vergleiche Huber im amtl. stenograph. Bulletin Jahrg. 1905, S. 634.

Schluss.

Auf Grund unserer Ausführungen kommen wir zu folgenden Definitionen:

1. Kanonisches Recht:

Das kanonische Recht versteht unter Separation die zeitweise oder dauernde behördliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft unter Aufrechterhaltung des Ehebandes.

2. Bundesrecht:

Die Scheidung von Tisch und Bett ist nach Bundesrecht (resp. nach bundesgerichtlicher Interpretation desselben) eine zeitweilige, längstens 2 Jahre dauernde und vom Parteiantrag unabhängige, durch die richterliche Behörde angeordnete Unterbrechung der ehelichen Gemeinschaft.

3. Entwurf:

Die Trennung von Tisch und Bett ist eine vom Richter auf bestimmte oder unbestimmte Zeit angeordnete Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, mit dem Zwecke, eine definitive Scheidung zu verhindern.

Druckfehler:

S. 58, Linie 12 . . . . zu schaffen hat.“[76])

S. 78, Linie 14, statt „*Mitschuld*“ „*Nichtschuld*“.

S. 96, 5 unterste Linie, statt „Klagsfundament“ „Klage*f*undament“.